Der Schadenersatzanspruch

des aus Vertragsbruch Drittgeschädigten

Ein Beitrag zu den allgemeinen Lehren des Schuldrechts

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt a. M.
vorgelegt von

Berthold Mehne, Referendar
aus Langen i. H.

Frankfurt a. M.
Buchdruckerei H. Schack & Co., G.m.b.H.
1934

Referent: Herr Professor Dr. Klausing
Korreferent: Professor Dr. H. de Baar

Tag der mündlichen Prüfung:
27. Februar 1933

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552326_0083

Literaturverzeichnis.

de Boor:
Die Kollision der Forderungsrechte. Berlin-Wien 1928.

Cosack:
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I.

Ebbecke:
Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen im Unterschied von rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Verpflichtungen. (In Jehrings Jahrbüchern Bd. 71).

Endemann:
1. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. 8. Auflage 1919.
2. Der Anspruch auf Schadensersatz und die Haftung des sog. mittelbar beteiligten Dritten. (Mitgeteilt im 45. Jahresbericht über die Wirksamkeit der Juristischen Gesellschaft in Berlin).

Crome:
Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897, S. 300 ff.

Enneccerus:
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.

A. H. Fischer:
Der Schaden nach dem Bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich 1903.

Geppert:
Zur Lehre von der Arglist des Verkäufers beim Vertragschluß unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. (Jehrings Jahrb. Bd. 64).

von Gierke:
Deutsches Privatrecht, Berlin 1905.

Harder:
Die Ueberseeische Sammelladung 1927.

Harff:
Das ursprüngliche Unvermögen zur Leistung und seine grundsätzlichen Rechtsfolgen. Berliner Diss. 1912.

Heinsheimer:
Lebendiges Recht. Rektoratsrede Winter 1929. (Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. I).

Hellwig:
Verträge auf Leistung an Dritte.

Josef:
Der Anspruch des Versicherers gegen Töter und Brandstifter sowie die Begründung der Schadensberechnung aus fremdem Interesse. (Arch. für Zivil. Praxis Bd. 113).

Jung:
Delikt und Schadensverursachung. Heidelberg 1897.

Kluckhohn:
Der außervertragliche Schadensersatzanspruch des sogen. mittelbar Geschädigten. (Archiv für Zivil. Praxis Bd. 111, S. 394 ff.)

Kohler:
Das Obligationsinteresse. (Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 12).

Kreß:
Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929.

Krückmann:
1. Schadensliquidation aus fremdem Interesse. (Jehr. Jahrb. Bd. 56).
2. Aufsatz zum Zuckerrübenfall. (Leipziger Zeitung 1915 Sp. 9 S. 95 ff.)

Kunze:
Die Haftung des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten. Berlin 1909.

Last:
Anspruchskonkurrenz 1908.

Leonhardt:
Verschulden beim Vertragschluß. Diss. 1910.
— Schuldrecht I und II. Leipzig 1929.

von Liszt:
Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1898.

Mayer:
Der Ursprung der Vermögenshaftung. (In der Festschrift für Otto Gierke).

von Mayr:
Der Bereicherungsanspruch nach deutschem bürgerlichen Recht 1903.

Müller-Erzbach:
1. Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt. 1905.
2. Reichsgericht und Interessenjurisprudenz. (In „Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben" II.) Berlin-Leipzig 1929.
3. Zwei Beiträge zur Interessenjurisprudenz. (In den Jahrb. für die Dogmatik des Bürgerl. Rechts Bd. 73, 1923 und Bd. 74, 1924).
4. Aufsatz über den Durchbruch der Interessenjurisprudenz durch allgemeine Rechtsprinzipien. (Jehr. Jahrb. Bd. 53 S. 331 ff.)

Motive zum BGB. Bd. II.

Oberscheid:
Die Schadensforderung aus dem Interesse des Dritten unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse im Konkurse des klageberechtigten Vertragsgläubigers. Bonn 1928. (Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlung, Heft V).

Oertmann:
Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten. (Festgabe der Berliner Juristenfakultät für Heinrich Dernburg).

Oertelt:
Der Schadensersatzanspruch des mittelbar Geschädigten. (Deutsche Jur. Zeitung 1913, S. 800).

Planck:
Zur Auslegung und Anwendung des § 826 BGB. (In Deutscher Jur. Zeitung 1907).

Rabel:
Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum BGB. (In der Festgabe für Bekker 1907. Monographie. Weimar 1907).

Rappaport:
Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis. Berlin 1904.

Raape:
Aneignungsüberlassung. Zugleich ein Beitrag zu dem Begriff des sonstigen Rechts. (§ 823 I.)

Regelsberger:
Ersatzpflicht für Schaden aus Verträgen, den durch den Vertragsbruch ein Dritter erleidet. (Dogmat. Jahrb. Bd. 41).

Rümelin:

1. Zur Lehre von der juristischen Konstruktion. (In der Festgabe des Archivs für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie für Zitelmann 1923).
2. Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen B G B. zur objektiven Schadensersatzpflicht. Leipzig 1896.

Seefried:
Der § 281 BGB., eine historisch-dogmatische Studie zum BGB. Erlanger Dissertation 1905.

Schneider:
Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse 1902.

Schönfeld:
Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts. (In „Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben" Berlin-Leipzig 1929).

Schulz:
Studien zur gesetzlichen und notwendigen Zession. (In den „Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, Heft 21). Breslau 1907.

Siber:
Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903.

Steinbach:
Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden. Wien 1888.

Sjögren:
Formen des Unrechts und die Tatbestände der Schadensstiftung. (In Jehr. Jahrb. Bd. 38, S. 343 und 430).

Soergel:
Kommentar zum BGB. 1929 Stuttgart.

Staudinger:
Kommentar zum BGB. 1929, 9. Aufl. II.

Stammler:
Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten in der Hallenser Festgabe für Dernburg 1900.

von Tuhr:
1. Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen. (In Grünhuts Zeitschrift Bd. 25).
2. actio de in rem verso. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung. Freiburg i. B. 1895.
3. Besprechung von A. H. Fischers: Der Schaden nach dem BGB. in Kritischer Vierteljahrsschrift 1905.

Titze:
Unmöglichkeit der Leistung 1900.

Windscheid:
Pandekten § 258.

Wolff:
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Sachenrecht. 8. Aufl. 1929.

Dernburg:
Pandekten. Bd. II. § 17.

Kommentar der Reichsgerichtsräte, Leipzig 1930.

Inhaltsangabe.

Seite

I. Einleitung 1

II. Problemabgrenzung unter zu Grundelegung eines Berichts über die Entwicklung der Rechtsprechung 3

a) Ausscheidung der Fälle, in denen ein mittelbar eigenes Interesse des Vertragsgläubigers gegeben ist . 3

b) Veranschaulichung des Problems an einem Beispiel des Kommissionsrechts 4

c) Die Entschädigungspflicht des Vertragsschuldners für den von ihm in dem Vermögen eines Dritten verursachten Schaden ist anerkannt vom Gesetzgeber nur durch die Spezialvorschrift des § 435 HGB.
Der Empfänger ist nach Ankunft der Ware am Ablieferungsort berechtigt, die aus dem Frachtvertrag sich ergebenden Rechte in eigenem Namen gegen den Frachtführer geltend zu machen, obwohl er selbst gar nicht Vertragspartei ist 4

d) Die Rechtsprechung hat die Befugnis, den fremden Schaden einzuklagen, anerkannt in folgenden Fällen:

1. Kommissionäre, Spediteure und andere, die mit Einwilligung eines Dritten dessen Interessen zum Gegenstand eines von ihnen in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung abgeschlossenen Vertrages gemacht haben, können diese fremden Interessen auch ihren Schadensersatzansprüchen zu Grunde legen. Vgl. ROHG. Bd. 11/260, 14/400, 17/79, 22/253. RGE. 12/111, 40/189. OLG. Hamburg 46/No. 10, S. 15. 5

2. Unter dem gleichen Gesichtspunkt ist der Verkäufer, der nach § 447 BGB. die gekaufte Ware nach einem andern Ort als dem Erfüllungsort auf Verlangen des Käufers sendet und zu diesem Zweck mit dem Frachtführer oder Spediteur in eigenem Namen abschließt, berechtigt, mit seiner Vertragsklage die Interessen des Käufers zu verfolgen. RGE. Bd. 62/331. 5

3. Der Gastwirt ist dem Gast nicht nur für seine eigenen eingebrachten Sachen, sondern auch für solche, die ihm nicht gehören und für deren zufälligen Untergang er von dem Eigentümer nicht haftbar gemacht werden kann, aus dem Gastvertrag verantwortlich. OLG. Hamburg i. Hans. Ger. Zt. BBl. 1907, No. 19, S. 112. OLG. Breslau im Recht 1902, No. 1769, S. 371 ff. OLG. München Seuff. Arch. Bd. 61, S. 312 f. 6

Seite

4 In Einzelheiten ausgebaut und näher abgegrenzt wurden die entwickelten Sätze in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 40/189, 58/39 und 62/39. 6

5. Versuche des Reichsgerichts bei unechten Verträgen zu Gunsten Dritter eine Ersatzpflicht für den im Vermögen des Dritten entstandenen Schaden aus dem Vertragsinhalt abzuleiten. RGE. 85/184, 87/289. 7

6. Endergebnis der gesamten Entwicklung ist der allgemeine Satz, daß der Vertragsgläubiger grundsätzlich dann immer zur Liquidierung des fremden Schadens berechtigt sei, wenn fremde Interessen in vertragliche Obhut gegeben sind und es sich um eine besonders enge Verknüpfung der Interessen des Gläubigers mit denen des Dritten handelt. RGE. 93, S. 39 ff. 10

7. Der entwickelte Rechtsgedanke ist seinem Wesen nach auf die vertragliche Haftung beschränkt. RGE. 49/87. 10

8. Die Begründung der Rechtsentwicklung durch das Reichsgericht. 12

e) Einzubeziehen in die Untersuchung sind auch diejenigen Fälle, bei denen die Entschädigung des Dritten nur auf dem Wege der Anerkennung einer unmittelbaren vertragsähnlichen Klage des Dritten erfolgen könnte. 13

f) Kurzer zusammenfassender Rückblick über den Geltungsbereich des Problems. Zweiteilung aller denkbaren Fälle, in solche, bei denen entweder **Verschulden** oder **Zufall** das vom Schuldner zu vertretende Verhalten oder Ereignis bilden. 17

III. Kritische Darstellung der in der Literatur vertretenen Ansichten und Konstruktionsversuche 19

a) 1. Die Theorien Zimmermanns und Windscheids . 19

2. Von Tuhrs Lehre vom „transitorischen Interesse". 22

3. Die Theorie Krückmanns. 24

b) Die auf § 281 BGB. beruhenden Konstruktionsversuche 26

1. A. H. Fischers. 28

2 Rabels. 29

c) Verschiedene sich aus der Anerkennung des Liquidationsrechts des Gläubigers ergebende Unterfragen:

1. An wen hat der Schuldner zu zahlen, an den Gläubiger oder an den Dritten? 31

2. Das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner hinsichtliche der Einwendungen. . . 35

Seite

d) Die Möglichkeiten einer richtigen Einschränkung des Gedankens der Liquidation aus fremdem Interesse in der Praxis:

1. Das Erfordernis der Erkennbarkeit des Drittinteresses für den Schuldner. 36
2. Entsprechende Anwendung des § 254 BGB. . . 37

e) Die Brauchbarkeit des § 991 II BGB. zur Begründung des Gedankens von der Ersatzpflicht für fremden Schaden. 38

IV. Ergebnisse und Versuch einer mit den Grundprinzipien des Gesetzes im Einklang stehenden Lösung. . . . 45

V. Schlußbetrachtung. 55

I. Einleitung.

Nach unserem BGB. sollen grundsätzlich, abgesehen von dem besonderen Typ der Verträge auf Leistung an Dritte nach §§ 328 ff. BGB., Rechte und Pflichten aus einem Vertrag nur für die unmittelbar an dem Vertragsschluss Beteiligten erwachsen können.

Es entspricht dieser Auffassung von der Relativität der Forderungsrechte, wenn das Gesetz einen Schadensersatzanspruch wegen eines von dem Schuldner zu vertretenden Verhaltens regelmässig an die Person des Gläubigers knüpft und nur dessen eigenen Schaden diesem Anspruch zugrunde legt.

Die Frage, ob dieser Grundsatz nicht auch Ausnahmen zulasse, taucht auf angesichts bestimmter Fallgruppen, deren Eigentümlichkeit darin besteht, dass als Folge des Vertragsbruchs nicht der Vertragsgläubiger, sondern ein mit diesem durch vertragliche Beziehungen verbundener Dritter einen Schaden erleidet. Von praktischer Bedeutung wird diese Fragestellung dann, wenn der Dritte sich nicht schon mittels einer evtl. konkurrierenden Deliktsklage schadlos halten kann, da es grundsätzlich einerlei ist, ob der Schaden auf dem Wege der Vertragsklage oder der Deliktsklage auf den schuldhaften Verursacher abgewälzt wird.

Die Verweisung des durch Vertragsbruch geschädigten Dritten auf die deliktische Haftung versagt nun aber gerade in den hier in Betracht kommenden Fällen häufig.

Sollte es etwa die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, den Vertragsbrecher auf Kosten des in seinen Interessen verletzten Dritten frei ausgehen zu lassen? Unser Rechtsgefühl spricht dafür, dass auch hier der Vertragsbrecher für den schuldhaft verursachten Schaden irgendwie haftbar gemacht werden müsse, ebenso, als wäre der Schaden in der Person des Gläubigers entstanden! Das Gesetz selbst sagt darüber aber nichts aus. Die ausserordentlich rege wissenschaftliche Behandlung unserer Frage hat ihren Ausdruck gefunden in dem an Streitpunkten reichen Problem „Der Schadensliquidation aus fremdem Interesse".

Dass ein Weg gefunden werden müsse, den Schaden dem schuldhaften Verursacher aufzubürden, wird von der Mehrzahl der Schriftsteller anerkannt. Das praktische Ergebnis besteht in der Zuerkennung des Rechts an den Vertragsgläubiger, unter Umständen den fremden Schaden einklagen zu dürfen. Der Streit darüber aber,

wie sich ein derartiges Recht begründen lasse und auf welche Fälle es zu beschränken sei, dauert bis heute noch an.

Entscheidend ist, dass die Rechtsprechung unter Zurückstellung theoretischer Bedenken seit vielen Jahren in steigendem Ausmass zu einer für bestimmte typische Fälle geltenden Anerkennung der Entschädigungspflicht des Vertragsbrechers geführt hat.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es sein, den der Rechtsprechung zugrunde liegenden Rechtsgedanken herauszuschälen und ihn in einer möglichst praktikablen Form dem Rahmen der allgemeinen Lehren unseres Schuldrechts einzuordnen.

Zu einer befriedigenden Lösung — um das Ergebnis kurz vorweg zu nehmen — kommen wir nur, wenn wir die von der Praxis entwickelten Rechtssätze als zur Ausfüllung einer nachweisbaren Gesetzeslücke bestimmt auffassen. Es liegt in der Natur der vorgeschlagenen Lösung begründet, dass eine in dieser Richtung anzustellende Untersuchung auch eine Skizzierung der geschichtlichen Entwicklung des Problems in der Wissenschaft und eine kritische Darstellung der Theorien, die eine Rechtfertigung der angedeuteten Rechtsbildung unmittelbar auf Grund des Gesetzes oder mit Hilfe dogmatischer Konstruktionen zu erreichen suchen, zu enthalten hat.

II. Problemabgrenzung.

Gegenstand der Arbeit ist eine Untersuchung derjenigen Fälle, in denen fremde Interessen in einen zwischen zwei Personen abgeschlossenen Vertrag derart eingreifen, dass die Verletzung der Vertragspflichten durch den Schuldner entweder neben einer Schädigung der Interessen des Gläubigers — oder auch ohne eine solche — die Schädigung eines Dritten zur Folge hat. Auszuscheiden haben zunächst diejenigen Fälle, in denen der Dritte bereits kraft gesetzlicher Spezialbestimmung zur Geltendmachung seines Schadens im Wege der Vertragsklage berechtigt ist. So z. B. bei den Verträgen auf Leistung an Dritte gemäss §§ 328 ff. BGB. Wird hier infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Verhaltens die Leistung unmöglich, so ist der Dritte, da er selbst Gläubiger ist, berechtigt, den ihm infolge der Unmöglichkeit erwachsenen Schaden ebenso einzuklagen, wie er die Leistung verlangen könnte, wenn sie noch möglich wäre.

a) Der Kreis der in Betracht kommenden Fälle erfährt eine weitere erhebliche Einschränkung dadurch, dass meist der Vertragsgläubiger zu dem Dritten in einem auf Vertrag oder Gesetz beruhenden Haftungsverhältnis steht, das eine Abwälzung des im Vermögen des Dritten entstandenen Schadens auf das des schuldhaften Verursachers im Wege des Regresses ermöglicht. Es werden zwar auch in diesen Fällen die Interessen mehrerer Personen, die miteinander durch verschiedene dieselbe Leistung betreffende Verträge untereinander verbunden sind, durch dasselbe Ereignis — den Vertragsbruch des ersten Schuldners — in Mitleidenschaft gezogen. Ihnen aber ist eigentümlich, dass der Schaden des Vertragsgläubigers wie jeden anderen Mittelmannes der Kette gleich dem Schaden des am Ende der Vertragskette stehenden Dritten ist. Denn der Schaden des Gläubigers besteht darin, dass er dem Dritten für den diesem entstandenen Schaden aufzukommen hat. Das Interesse des Dritten fällt mit dem des Gläubigers zusammen. Es sind sogenannte „koinzidierende Interessen". Mit Recht haben deshalb auch Wissenschaft und Praxis eine Ausscheidung aller Fälle vorgenommen, in denen ein eigenes, wenn auch nur mittelbar eigenes Interesse des Gläubigers vorliegt. Folgerichtig ist das Recht des Vertragsgläubigers, Befreiung von seiner Haftpflicht gegenüber dem Dritten von dem Schuldner zu verlangen auch allgemein anerkannt.

vergl. Regelsberger, Jur. Jahrbücher Bd. 41 S. 251 ff.
„ Hellwig, Verträge zugunsten Dritter.
„ Örtmann, Recht der Schuldverhältnisse 3. und 4. Auflage, S. 29.
„ v. Tuhr, Grünhuts Zeitschrift, Bd. 25 S. 541.

b) Es erscheint erforderlich, der weiteren Abgrenzung unseres Problems eine kurze Darstellung seines Inhalts hier vorauszuschicken. Seine Grundfragen werden deutlich an dem bekannten Beispiel des Kommissionsrechts:

Angenommen, der Einkaufskommissionär hat die eingekaufte Ware bereits dem Komittenten übergeben. Nun erst stellt sich heraus, dass die Sache mit einem von dem Verkäufer dem Kommissionär arglistig verschwiegenen Mangel behaftet ist. Hat nun der Einkaufskommissionär bei dem Abschluss des Ausführungsvertrages mit der gebotenen Sorgfalt gehandelt, so kann er von dem Kommittenten für den diesem erwachsenen Schaden nicht haftbar gemacht werden. Die Frage ist nun, wie kann der Kommittent den ihm entstandenen Schaden dem Schuldner aufbürden? Der Vertragsschuldner, durch dessen vertragswidriges Verhalten der Schaden verursacht ist, vermag der Klage des Kommittenten entgegenzuhalten, te cum non contraxi . . .! Andererseits aber kann er auch der Geltendmachung des Drittschadens durch den Vertragsgläubiger die Einwendung entgegensetzen: tua non interest!

Die Hauptgruppe der Fälle, bei denen die genannte Schwierigkeit aufzutauchen pflegt, ist die der indirekten Stellvertretung. Keineswegs ist aber das Problem nur auf diese Fälle beschränkt, es tritt vielmehr überall da in Erscheinung, wo durch den Vertragsbruch des Schuldners zwar ein an dem Vertrag nur mittelbar beteiligter Dritter geschädigt wird, aus irgendwelchen Gründen aber eine schädigende Wirkung in dem Vermögen des Gläubigers entweder überhaupt nicht oder aber nur in einem geringeren Masse festzustellen ist.

c) In einem Spezialfall hat auch der Gesetzgeber die Entschädigungspflicht des Schuldners einem ausserhalb des Vertrages stehenden Dritten gegenüber statuiert. Es handelt sich um die Vorschrift des § 435 HGB. Der an dem Frachtvertrag nicht beteiligte Empfänger ist nach Ankunft des Gutes am Ablieferungsort berechtigt, die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte in eigenem Namen geltend zu machen. Der Fall weist also die Besonderheit auf, dass ein durch den Vertragsbruch geschädigter Dritter, obwohl er selbst nicht Vertragspartei ist, doch Vertragsrechte geltend machen darf. Das in unserer Arbeit allgemein behandelte Problem der Entschädigung des aus Vertragsbruch Drittgeschädigten hat für den Spezial-

fall des § 435 HGB. seine besondere gesetzliche Regelung dadurch gefunden, dass dem Drittgeschädigten ein unmittelbarer vertraglicher Schadensersatzanspruch gegen den Vertragsbrecher zugestanden wird.

Es ist bei der Vielgestaltigkeit der denkbaren Fälle nicht möglich, eine einwandfreie Scheidung vorzunehmen, nach der sich ein jeder Einzelfall ohne weiteres in eine bestimmte Fallgruppe einordnen liesse, um so weniger, als die Praxis sich bisher naturgemäss nur mit Ausschnitten aus dem Gebiet der theoretisch möglichen Fälle hat beschäftigen können. Es erscheint uns am zweckmässigsten, der Abgrenzung des Problems einen nach Möglichkeit chronologischen Bericht über die wichtigsten bisher der Rechtsprechung vorgelegten Fälle unter Hervorhebung ihrer typischen Eigentümlichkeit zugrunde zu legen. Diese Darstellungsart hat den Vorzug, dass sich mittels Ergänzung der bisher praktisch gewordenen, durch die wichtigsten bisher nur theoretisch behandelten Fälle und durch Hervorhebung bestimmter ihnen allen gemeinsamen Gesichtspunkte ein übersichtlicher und verhältnismässig vollkommener Eindruck von dem Geltungsbereich des Problems gewinnen lässt.

d) 1. Die ersten nachweisbaren Ansätze zur Behandlung der Frage in Wissenschaft und Rechtsprechung reichen noch in die Zeit des gemeinen Rechts hinein. Ob die gemeinrechtliche Lehre auf bereits früher erkannten Rechtsanschauungen beruht, lässt sich nicht feststellen. Deshalb scheidet die dem gemeinen Recht zeitlich vorgehende Rechtsperiode für unsere Untersuchung praktisch aus.

So hat das Reichsoberhandelsgericht den Satz anerkannt, dass Kommissionäre, Spediteure und andere, die mit Einwilligung eines Dritten, dessen Interessen zum Gegenstand eines von ihnen in eigenem Namen aber für fremde Rechnung abgeschlossenen Vertrages gemacht haben, diese fremden Interessen auch ihren Schadensersatzansprüchen zugrunde legen können.

ROHG. Bd. 11/260, 11/400, 17/79, 22/253.

Uebernommen wurde dieser Satz in die ersten Entscheidungen des RG. zu unserer Frage, die ihn ausdrücklich auf alle Fälle der indirekten Stellvertretung ausdehnten.

RG. 12/111, 40/189.

OLG. Hamburg 46/No. 10, S. 15.

2. Als eine Erweiterung seines Inhalts ist es anzusehen, wenn das RG. in Bd. 62/331 unter dem gleichen Gesichtspunkt ein Recht des Verkäufers anerkennt, der nach § 447 BGB. die gekaufte Ware nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort auf Verlangen des Käufers sendet und zu diesem Zweck mit dem Frachtführer oder

Spediteur in eigenem Namen abschliesst, mit seiner Vertragsklage die Interessen des Verkäufers verfolgen zu können.

Deutlich kommt die ausdehnende Tendenz des von der Praxis erkannten Rechtsgedankens zum Ausdruck in den Entscheidungen des RG. und der Oberlandesgerichte, die die Frage der Haftung des Gastwirts für die von dem Gast eingebrachten Sachen, soweit sie nicht ihm gehören, zum Gegenstand haben.

3. So hat das RG. in der im „Recht", No. 829 abgedruckten Entscheidung, ausgehend von dem Gesichtspunkt, dass für die scharfe Haftung des Gastwirts weniger der Abschluss des Vertrages mit dem Gast, als die Tatsache der Aufnahme des Gastes in den Betrieb des Gewerbes massgebend sei, die Schadensersatzpflicht nicht nur für die dem Gast selbst, sondern auch für die einem Dritten gehörenden Sachen festgestellt, ohne Rücksicht darauf, ob der Gast von dem Dritten haftbar gemacht werden könne oder nicht. Die Haftung aus § 701 BGB. sei eine gesetzliche und nur „vertragsähnliche". Die Anerkennung der unmittelbaren Klagebefugnis des drittgeschädigten Eigentümers wurde abgelehnt.

vergl. auch Urt. des RG. v. 31. 3. 20. in Recht 1921 No. 829
OLG. Hamburg 3. Senat (hans. Gerichtszeitung Beiblatt 1907 No. 19 S. 112). OLG. Breslau in Recht 1902 No. 1769 S. 371 ff.
OLG. München Seuff. Archiv. Bd. 61 S. 312.

4. Abgesehen von den bisher zitierten grundsätzlichen Erkenntnissen hat das RG. in verschiedenen Entscheidungen den allgemeinen Rechtsgedanken näher abgrenzende Rechtssätze entwickelt.

So ist beispielsweise der Beauftragte, der den Auftrag an den Dritten weiter gegeben hat, auf Grund der Abtretung des Anspruchs des Dritten in gleicher Weise gegen den vertragswidrigen Mitkontrahenten des Dritten klageberechtigt. RG. 40/189. Weiter hat das RG. in RG. E. 58/39 die Zweckbestimmung des Satzes von der Liquidierung fremden Schadens klar in der Richtung zum Ausdruck gebracht, dass es sich nicht etwa um eine selbständige Klagebefugnis des Kommissionärs handeln könne, die er lediglich zu seinem Vorteil ausüben dürfe. Denn der Satz dürfe nur als Mittel zu dem Zweck der Entschädigung des Dritten betrachtet werden, das nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Vertragsgläubigers missbraucht werden dürfe! Sein stets im Auge zu haltender Endzweck bestehe darin, „einen Weg zu geben, um den für den Schaden des Kommittenten geschuldeten, diesem zu gute kommenden Ersatz auf den in erster Linie Verantwortlichen abzuwälzen". Mit Recht könne es deshalb eine die Anwendbarkeit des Satzes aus-

schliessende Einwendung darstellen, wenn im Einzelfalle von dem Beklagten nachgewiesen würde, dass der geschädigte Dritte aus irgend welchen Gründen den Vertragsgläubiger nicht in Anspruch nehmen wolle.

In konsequenter Weiterentwicklung des Rechtes des Gläubigers zu Liquidierung des fremden Schadens spricht das RG. in 62/331 aus, dass dann auch in einem Fall, in dem es sich um mehrere hinter einander stehende Beteiligte handele, derjenige, der auf Grund des Vertrages zu Erhebung der Entschädigungsklage gegen den fehlsamen Vertragsgegner berechtigt sei, mit der Klage auch alle vorhergehenden Interessen, soweit sie nebeneinander bestehen können, geltend machen dürfe.

Zur Begründung der bisher zitierten Entscheidungen berief man sich in gleicher Weise auf die Bedürfnisse des Verkehrs wie auf die von Zimmermann und Windscheid aufgestellten Theorien, die als erste unsere Frage einer eingehenden wissenschaftlichen Betrachtung unterzogen haben. Ihre Arbeiten sind die Grundlage nicht nur für die gesamte Rechtsprechung des ROHG. geblieben, sondern ihr Einfluss lässt sich auch in der späteren Rechtsprechung des RG., in weitem Umfang feststellen. Zimmermann fand in dem römischrechtlichen Mandatsverhältnis den für unser Recht entsprechend anzuwendenden Satz verwirklicht, den er in folgender Form niederlegte:

„Wer mit einem Kommissionär kontrahiert hat, ist, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er diese Eigenschaft seines Kontrahenten kannte, verpflichtet, den infolge seiner Vertragsverletzung dem Kommittenten erwachsenen Schaden zu ersetzen". (Neues Archiv für Handelsrecht I Hamburg 1858).

Auf Zimmermann aufbauend verallgemeinerte Windscheid seine Formel wie folgt:

„Der Verpflichtete muss Ersatz geben für den Nachteil, welcher in der Vermögenslage des Gläubigers infolge einer gewissen Tatsache eingetreten ist. Hat sich aber der Gläubiger im Interesse eines anderen zum Gläubiger gemacht, so bildet den Inhalt seiner Interessenforderung der von diesem erlittene Nachteil". (Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 8. Aufl. II. Bd. 1900).

Während man es in den bisher zitierten Entscheidungen meist für genügend ansah, zur Begründung auf die früheren Entscheidungen Bezug zu nehmen, ist man später auch noch von anderer Seite an die Schwierigkeiten herangegangen.

5. So fallen in den weiteren Rahmen der Fälle, bei deren Entscheidung das Reichsgericht sich mit der Entschädigung des aus

Vertragsbruch Drittgeschädigten beschäftigt hat, insbesondere auch diejenigen späteren Entscheidungen, in denen sich die Rechtsprechung zur Lösung der Schwierigkeit des Mittels der Konstruktion von unechten Verträgen zu Gunsten Dritter bedient hat.

Die erste derartige Entscheidung in Band 85 S. 184, die allerdings zunächst noch in ablehnendem Sinne Stellung nahm, betrifft einen Fall, in dem zwar nicht sachliche, sondern nur persönliche fremde Interessen in den Vertrag eingreifen und infolge der Vertragsverletzung des Schuldners in Mitleidenschaft gezogen werden. Der Tatbestand war folgender: Ein vierjähriges Kind war auf Ersuchen des Vaters ärztlich behandelt, dabei von dem Arzt gesundheitlich erheblich körperlich geschädigt worden. Der Behandlungsvertrag war von dem Vater nicht etwa in seiner Eigenschaft als gesetzlichem Vertreter des Kindes, sondern in eigenem Namen abgeschlossen worden.

Daraus folgerte das Gericht: den in der Person des Kindes, das „nur der Dritte sei, an dem sich die Vertragsleistung des Arztes vollziehen sollte", entstandenen Schaden könne der Vater als Vertragsgläubiger nur insoweit ersetzt verlangen, als er selbst infolge seiner daraus entstandenen erhöhten Unterhaltspflicht und sonstiger Aufwendungen geschädigt sei. Wegen des in der Person des Kindes durch die Vertragsverletzung entstandenen Schadens wurde dieses auf den Weg der Haftung aus unerlaubter Handlung verwiesen.

Wurde zwar in dieser Entscheidung eine vertragliche Schadensersatzpflicht auf Grund des Vertragsinhalts noch abgelehnt, so haben die dort aufgeworfenen Fragen doch auch die Grundlage für die Weiterentwicklung der Rechtsprechung geboten. Das lässt sich deutlich gelegentlich des im Band 87 S. 289 zur Entscheidung gekommenen Falles erkennen, dem folgender Tatbestand zu Grunde lag:

Ein Schulschwesternverein wollte einen auswärts wohnenden Arzt zur Behandlung eines Zöglings zuziehen. Der Verein gab dem Beklagten den Auftrag, den Arzt gegen ein Entgelt in einem Schlitten in das Kloster zu holen. Infolge Scheuwerdens der Pferde durch einen Zug fiel der Schlitten, der von einem Knecht des beauftragten Fuhrunternehmers geführt wurde, um und der Arzt erlitt einen Schaden. Der Arzt klagte jetzt auf Grund der Abtretung der dem Kloster gegen den Fuhrunternehmer zustehenden Ansprüche aus dem Beförderungsvertrag und aus eigenem Recht auf Schadensersatz. Das Vordergericht hat den von dem Beklagten angebotenen ihm obliegenden Entlastungsbeweis als Tierhalter und Geschäftsherr als erbracht angesehen. Das Reichsgericht hatte sich deshalb nur

noch mit der von der Revision aufgeworfenen Frage zu beschäftigen, ob sich ein Anspruch des Arztes nicht auf Grund des zwischen dem Kloster und dem Fuhrunternehmer bestehenden Beförderungsvertrages herleiten lasse. Die Frage wurde bejaht mittels folgender Erwägungen:

Unmittelbare vertragliche Beziehungen zwischen dem Kläger und dem Beklagten beständen nicht. Der zwischen dem Kloster und dem Fuhrunternehmer abgeschlossene Beförderungsvertrag stelle auch keinen echten Vertrag zu Gunsten eines Dritten gemäss § 328 BGB. dar in der Weise, dass der Arzt, sei es neben dem Kloster oder selbständig das Recht erhalten habe, die Leistung zu verlangen. Es könne sich aber trotzdem unmittelbar aus dem Inhalt des Vertrages die Verpflichtung ergeben, einen Schaden zu ersetzen, den nicht der Vertragsschliessende, sondern ein Dritter erleide, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob ein Befreiungsanspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf Grund eines Haftungsverhältnisses des Gläubigers gegenüber dem Dritten bestehe oder nicht. Dieser Gesichtspunkt komme gerade für die Beförderungsverträge zu Gunsten Dritter in Betracht, denn hier werde für die Vertragsschliessenden kein Zweifel darüber bestehen, dass „mit der Verpflichtung des Unternehmers, den Fahrgast unversehrt an das Reiseziel zu bringen, das Interesse des Fahrgastes in derselben Weise gewahrt werden solle, wie wenn der Fahrgast den Vertrag selbst abgeschlossen hätte. Demnach wäre, wenn dem Fahrgast infolge Fahrlässigkeit des Unternehmers oder seiner Leute ein Schaden zugefügt wird, Ersatz des dem Fahrgast zugefügten Schadens zu leisten, gleichviel, ob nach dem Vertrag der Versprechensempfänger die Forderung gegen den Vertragsgegner geltend zu machen hat oder der Fahrgast unmittelbar gegenüber dem Unternehmer forderungsberechtigt sein soll".

Eine weitere Stütze seiner Ansicht, dass auch bei den unechten Verträgen auf Leistung an Dritte der Ersatz für den dem Dritten entstandenen Schaden sich aus dem Inhalt des Vertrages ergebe, findet das Reichsgericht in der Tatsache, dass nach dem Recht unseres BGB. für die Begründung eines schuldrechtlichen Verhältnisses ein vermögensrechtliches Interesse nicht erforderlich sei. Wenn deshalb jemand ohne eigenes vermögensrechtliches Interesse eine Leistung an einen Dritten bedingen könne, so dürfe sich auch der Vertragsschuldner nicht den aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen entziehen mit dem Einwand, „dem Vertragsgläubiger ermangele für die Geltendmachung der dem Dritten ausbedungenen Vorteile das vermögensrechtliche Interesse".

In dieser Entscheidung kommt auch wieder der Gedanke zum Durchbruch, dass die Frage der Liquidierung fremden Schadens

keine auf bestimmte Einzelfälle, etwa des Kommissions- oder des Speditionsrechts beschränkte Einzelfrage sein könne, dass es sich vielmehr um eine auf unser gesamtes Rechtsleben erstreckende Erscheinung handeln müsse, und dass es infolgedessen auch der Entwicklung allgemeiner und doch hinreichend bestimmter Rechtssätze bedarf, um das Problem voll auszuschöpfen. Tatsächlich ist auch das Reichsgericht diesen Weg in der angedeuteten Richtung weitergegangen.

6. Davon zeugen besonders die Ausführungen des Reichsgerichts in der in Band 93 S. 39 ff. abgedruckten Entscheidung:

Ein Grossspediteur, der von einem Dritten einen Schleppkahn gemietet hatte, schloss mit dem Eigentümer eines Schleppdampfers einen Vertrag, auf Grund dessen der Letztere die Beförderung des Schleppkahns für eine bestimmte Strecke übernehmen sollte. Während der Fahrt wurde der Schleppkahn beschädigt und sank. Der Eigentümer des Kahnes klagte nun auf Grund der Abtretung des dem Grossspediteur gegen den Eigentümer zustehenden Vertragsanspruchs gegen diesen auf Ersatz seines Schadens. Das Reichsgericht gab dieser Klage statt auf Grund folgenden Gedankenganges:

„Die Interessen des Grossspediteurs und des Eigentümers seien auf das engste miteinander verknüpft. Der Grossspediteur habe mit dem Abschluss des Vertrages sowohl in seinem wie in dem Interesse des Eigentümers des Schleppkahns dem Beklagten eine Obhutspflicht hinsichtlich des Kahnes auferlegt. Da es üblich sei, dass Grossspediteure die Beförderung ihrer Waren nicht nur mittels eigener, sondern auch mittels fremder gemieteter Kähne vornehmen, so habe der Schleppeigentümer beim Abschluss des Schleppvertrages auch mit dem möglichen Hineinspielen der Interessen eines Dritten am Vertrag nicht unmittelbar Beteiligten rechnen müssen".

Der wesentliche Fortschritt gegenüber den früheren Entscheidungen für unsere Frage überhaupt ist nicht zu verkennen. Hier ist eine Schadensersatzpflicht des Vertragsschuldners für den einem Dritten infolge des Vertragsbruchs entstandenen Schaden für alle Fälle festgestellt, in denen ihm ein fremdes Interesse in vertragliche Obhut gegeben wird, ohne Rücksicht darauf, ob er das fremde Interesse kannte oder nicht, und zwar nicht nur dann, wenn der Vertragsgläubiger in eigenem Namen, sondern auch, wenn er für eigene Rechnung gehandelt hat.

7. Die Darstellung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu unserer Frage wäre unvollständig, wollte man an der in Band 49/87 ff. abgedruckten Entscheidung vorübergehen, die die Abgrenzung des entwickelten Rechtssatzes gegenüber den Haftungsgrundsätzen aus Delikt behandelt:

Beklagter war ein Handwerker, der es für den Kläger, den Bauherrn, unternommen hatte, die Treppenanlagen anzufertigen und einzubauen. Der Beklagte konnte seiner vertraglichen Pflicht nicht nachkommen, weil ihm beim Abholen der Treppenanlagen auf dem Bahnhof infolge eines von der Eisenbahn verschuldeten Unfalls ein Stück Holz auf den Kopf fiel. Er verfiel infolge des Unfalls in Geisteskrankheit, und der Treppeneinbau verzögerte sich wesentlich. Der Kläger machte für den ihm entstandenen Schaden den Beklagten verantwortlich, und beantragte in der Hauptsache Schadensersatz bis zu einem gewissen Betrag, hilfsweise den Beklagten zu verurteilen, alle seine Rechte an den Kläger abzutreten, die er gegen den Eisenbahnfiskus insofern habe, als er dadurch ausser Stand gesetzt wurde, seine vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Kläger zu erfüllen.

Das Reichsgericht ging bei der Beurteilung davon aus, dass ein Haftungsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten nicht bestanden hätte, da ihnen gegenüber der Unfall als Zufall gewirkt habe. Zur Frage stand deshalb nur, ob eine Berücksichtigung des drittgeschädigten Unternehmers auf Grund entsprechender Anwendung der für die Liquidation fremden Schadens aus Vertragsbruch entwickelten Sätze möglich sei. Die Revision behauptete eine so enge Verknüpfung der Interessen des Beklagten und des Klägers, dass die Eisenbahn auf Grund ihrer Ersatzpflicht gegenüber dem Beklagten den Schaden des Klägers mitzutragen habe. Das RG. verneinte mit Recht jedoch hier eine Schadensersatzpflicht der Eisenbahn. Es stellte zwar zunächst noch einmal mit aller Deutlichkeit fest, es sei richtig, „dass derartige Fälle von Interessenverknüpfung mit der von der Revision behaupteten Wirkung in der Rechtsprechung des RG. anerkannt seien". Das Charakteristische aller dieser Fälle, das dem vorliegenden Tatbestand fehle, sei, dass der Dritte der wirklich und endgültig Geschädigte sei, während ein anderer, der im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung gehandelt habe, nach aussen hin für Rechnung des Dritten gehandelt habe. Der die Eisenbahn zum Schadensersatz verpflichtende Umstand bestehe in einer Verletzung des Körpers und der Gesundheit des Beklagten, nur dieser sei daher der wirkliche und endgültig Geschädigte. Er sei auch nur der unmittelbar Verletzte. Jeder Versuch, den dem Dritten erwachsenen Vermögensschaden der Eisenbahn in Rechnung zu stellen, möge er von dem Dritten oder von dem Vertragsgläubiger ausgehen, stosse auf zwei unüberwindliche Hindernisse: Einmal werde nach § 823 Abs. 1 BGB. für fahrlässige Vermögensbeschädigung im allgemeinen nicht gehaftet. Das andere Hindernis besteht in dem Grundsatz der U n m i t t e l b a r k e i t der Beschädigung, der unserem BGB. zugrunde liege.

Das RG. hat hier zum Ausdruck gebracht, dass der Gedanke der Schadensliquidation aus fremdem Interesse seinem Wesen nach auf den aus Vertragsbruch entstandenen Schaden beschränkt sei. Wollte man ihn entsprechend auf die Haftung aus unerlaubter Handlung anwenden, so bedeute das eine ungerechtfertigte Umgehung des vom Gesetzgeber bewusst für die Haftung aus unerlaubter Handlung aufgestellten Grundsatzes der sogenannten Unmittelbarkeit der Beschädigung, die im Ergebnis einer Haftung für jede fahrlässige Vermögensbeschädigung gleich käme.

8. Als Ergebnis des Ueberblicks über die Rechtsprechung lässt sich zusammenfassend nunmehr sagen: Der Gedanke von der Liquidation fremden Schadens ist auf den verschiedensten Gebieten des Rechtslebens als unentbehrlich anerkannt. Er ist innerlich begründet durch die gesteigerten Bedürfnisse des Verkehrs, die verlangen, dass der schuldige Vertragsbrecher unter Umständen den Schaden auch dann zu ersetzen hat, wenn er ganz oder teilweise nicht in der Person des Vertragsgläubigers, sondern eines Dritten entstanden ist, dessen Interessen mit denen des Gläubigers verbunden sind. Kriterium für das Vorliegen solcher Fälle ist nicht, wie man ursprünglich annahm, dass der Gläubiger in eigenem Namen und für fremde Rechnung abgeschlossen hat, vielmehr die allgemeinere Tatsache, dass auch sonst die Interessen des Dritten mit denen des Gläubigers häufig materiell derart eng verknüpft sind, dass der Vertragsschuldner bei einer Verletzung seiner Vertragspflichten notwendigerweise auch die verknüpften Gläubiger- und Drittinteressen verletzen muss. Dann müsse er aber auch für den verursachten Schaden in vollem Umfang einstehen, ohne Rücksicht darauf, ob sie juristisch betrachtet sich zum Teil auch als rein fremde Interessen darstellen.

Die Praxis hat zwar, wie gezeigt wurde, versucht, der auftauchenden theoretischen Schwierigkeiten je nach der tatsächlichen und zeitlichen Lage des Einzelfalls mit verschiedenen Mitteln Herr zu werden. Eine einwandfreie allgemeine rechtliche Begründung lässt sie allerdings vermissen. Denken wir beispielsweise an die Entscheidungen der ersten jahrzehntelangen Entwicklungszeit, die mit dem Windscheidschen Satz operieren, dass der Gläubiger, der im Interesse eines Dritten abschliesse, damit das fremde Drittinteresse zu dem seinigen mache, so erscheint diese Behauptung bei näherer Betrachtung doch recht willkürlich. Wäre dieser Satz Windscheids tatsächlich richtig, so liessen sich alle in Frage kommenden Fälle auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen lösen, das Problem tauchte dann überhaupt nicht auf. Der Weg ist tatsächlich aber nicht gangbar, denn er beruht auf einer Fiktion, die ihre innere Begründung weder in dem Gesetz noch sonstigen rechtlichen Er-

wägungen, sondern allein in dem begreiflichen Wunsche hat, die mit dem Problem der Ersatzpflicht für fremden Schaden verbundenen Schwierigkeiten auf dem bequemsten Wege zu umgehen. Immerhin finden wir hier die Erklärung für die Tatsache, dass die Praxis fast nie zur juristisch klaren Trennung zwischen rein fremdem und eigenem Schaden gekommen ist, wie sie von der wissenschaftlichen Bearbeitung der späteren Zeit durchgeführt wird. Die Rechtsprechung dagegen betrachtet eigene und fremde Interessen fast ausschliesslich von dem Gesichtspunkt ihrer mehr oder weniger engen tatsächlichen Verknüpfung.

Nicht überzeugend wirken auch die Erwägungen des Reichsgerichts, mit denen es bei den unechten Verträgen auf Leistung an Dritte die Ersatzpflicht für den dem Dritten erwachsenen Schaden auf die Tatsache zu stützen sucht, dass auch die Begründung einer schuldrechtlichen Verpflichtung nach unserem Schuldrecht ein eigenes vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers nicht voraussetze. Denn daraus, dass der Gläubiger ohne eigenes vermögensrechtliches Interesse die Leistung zu verlangen berechtigt ist, ergibt sich noch nicht ohne weiteres, dass er bei Nicht- oder Schlechtleistung einen fremden vermögensrechtlichen Schaden einklagen darf.

So bleibt letzten Endes als wesentlichste Grundlage der vom Reichsgericht entwickelten Rechtssätze der allen diesen Entscheidungen gemeinsame Grundton bestehen.

Der Gedanke von der Liquidation fremden Schadens und die ihn zum Ausdruck bringenden Sätze sind für unser Schuldrecht unentbehrlich, die Billigkeit erfordert sie.

e) Unsere bisherigen Ausführungen geben einen Abriss des Geltungsbereichs unseres Problems an Hand der von der Praxis entschiedenen Fälle, der sich dem Umfange nach im Grossen und Ganzen mit dem von der Wissenschaft erkannten Geltungsbereich deckt. Im folgenden mag nun noch weiter auf bestimmte Fälle aufmerksam gemacht werden, die m. E. zu Unrecht von der überwiegenden Zahl der sich mit unserer Frage beschäftigenden Schriftsteller aus dem Geltungsbereich des Problems ausgeschieden worden sind und zu denen auch eine positive Stellungnahme der Rechtsprechung noch nicht vorliegt.

Wir haben bereits oben auf die von der herrschenden Lehre vorgenommene Ausscheidung aller der Fälle hingewiesen, in denen sich ein irgendwie geartetes eigenes Interesse des Vertragsgläubigers feststellen lässt. Nicht die Tatsache der Ausscheidung an sich, aber die Art ihrer Durchführung gibt m. E. zu Bedenken Anlass. Die herrschende Lehre stellt nämlich nicht darauf ab, ob im einzelnen

Fall ein eigenes Interesse des Vertragsgläubigers tatsächlich vorliegt, sondern es genügt ihr zur Ausscheidung bereits die Feststellung, dass ein mittelbar eigenes Interesse des Gläubigers rein theoretisch gegeben ist oder sich juristisch konstruieren lässt. Der Gedankengang dabei ist zweifellos der, dass auch in diesen Fällen immer die Abwälzung des Schadens von dem Geschädigten auf den Vertragsbrecher mittels gesetzlicher Bestimmungen möglich sei. Das gilt aber nicht ausnahmslos. Ein eigenes Haftungsinteresse des Vertragsgläubigers mag im einzelnen Fall zwar theoretisch feststellbar, praktisch aber tatsächlich in keiner Weise vorhanden sein, d. h. es kann auch in diesen Fällen der endgültige Schaden allein auf dem Vermögen des Dritten haften bleiben. So z. B. dann, wenn der Mittelsmann unbekannt oder nicht auffindbar ist. Sollte dann etwa der Dritte, der einen Deliktsanspruch nicht hat und der den Vertragsbrecher kennt, leer ausgehen? Die Unbilligkeit dieses Ergebnisses wird dann offensichtlich, wenn es sich um einen vorsätzlichen Vertragsbruch des Schuldners, der u. U. auch dem Vertragsgläubiger gegenüber die Tatbestandsmerkmale der sittenwidrigen Schadenszufügung in sich schliesst, handelt.

Folgendes Beispiel, das dem Kreis der im täglichen Rechtsleben vorkommenden Fälle gar nicht einmal so sehr entfernt liegt, mag das Gesagte verdeutlichen:

A. verkauft ein Pferd auf dem Pferdemarkt an den gutgläubigen Pferdehändler B., obwohl er, A., weiss, dass es sich um ein gestohlenes Pferd handelt. B. verkauft es am gleichen Tage weiter an den Händler C. Von C. kauft es ebenfalls am gleichen Tage der gutgläubige Landwirt D. Nach einiger Zeit vindiziert der wahre Eigentümer X. das Pferd von D. Der Sachverhalt wird nachträglich dem D. bekannt, er vermag aber nicht mehr die Persönlichkeit der als Mittelsmänner in Erscheinung getretenen beiden Händler festzustellen.

Auch in diesem Fall stösst die Frage der Abwälzung des Schadens auf den dem Dritten bekannten Vertragsbrecher auf verschiedene in dem Prinzip der Unmittelbarkeit der Beschädigung, — wie es unserem Schuldrecht zu Grunde liegt — beruhende Schwierigkeiten. Ein vertraglicher Anspruch des Geschädigten gegen A. ist nicht gegeben, da die beiden nur durch mittelbare vertragliche Beziehungen miteinander verbunden sind. Zweifellos hat D. auch keinen Anspruch aus § 823 BGB., da sein Schaden weder durch eine Verletzung eines der in Abs. I bezeichneten absoluten Rechtsgüter, noch durch die Verletzung eines gerade zu seinem Schutz erlassenen Schutzgesetzes nach Abs: II des § 823 BGB. verursacht ist. In Betracht käme also lediglich die Bestimmung des § 826 BGB.,

die eine Schadensersatzpflicht für sittenwidrige vorsätzliche Schadenszufügung statuiert. Angesichts der Tatsache nun, dass auch der § 826 in einem gewissen Sinne die Tendenz der Unmittelbarkeit der Beschädigung in sich schliesst, insofern als nur derjenige ersatzberechtigt sein soll, gegen den die illoyale Handlung sich unmittelbar richtet und der durch sie unmittelbar geschädigt ist, (vgl. Anm. u.) erscheint auch der § 826 als ausreichender Schutz für den Dritten in dem oben angeführten Beispiel sehr zweifelhaft.

Anm. So insbes.:
Protokolle Bd. II S. 576.
Staudinger, Komm. zum BGB., Vorb. IV und Bem. IV a zu § 823.
Goldmann-Lilienthal S. 889.
OLG. Hamburg i. Recht 1916 Nr. 1296.

a. A. Liszt, Deliktsobligationen S. 99.
Josef, in Leipz. Z. 1911 Sp. 915, „Ersatzansprüche des Versicherers gegen den Brandstifter usw."
RG. E. in Zivilsachen Bd. 79 S. 57 f.

Selbst wenn man sich in diesem Streit um die Abgrenzung der nach § 826 BGB. zum Ersatz berechtigten Personen der diesen Kreis am weitesten fassenden, u. E. auch richtigen Auffassung des Reichsgerichts in Bd. 79 S. 57 f. anschliessen wollte, die lediglich verlangt, dass der Vorsatz des Täters sich gerade auch dem Geschädigten gegenüber als vorliegend nachweisen lasse, ist ein ausreichender Schutz des Dritten in vielen unserem Beispiel ähnlich gelagerten Fällen nicht gewährleistet. Denn Eventualdolus des Täters — nur ein solcher kommt hier dem Dritten gegenüber in Betracht — setzt nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nicht nur voraus, dass er die Möglichkeit einer Schädigung des Dritten vorhergesehen hat, er aber trotzdem die Handlung vornimmt, sondern es muss ihm auch nachgewiesen werden, dass er den Eintritt des Schadens in dem Vermögen des Dritten nicht für so unwahrscheinlich gehalten hat, dass er mit ihm ernstlich nicht zu rechnen brauchte.

Ob dieser Nachweis aber in den von uns ins Auge gefassten Fällen geführt werden kann, unterliegt doch — insbesondere wenn man unterstellt, dass der verkaufte Gegenstand inzwischen durch eine nicht bestimmbare Mehrheit von Mittelsmännern gegangen ist — erheblichen Bedenken. Diese Fälle liessen sich nur auf dem Wege der Anerkennung einer dem Dritten unmittelbar zustehenden vertragsähnlichen Klage gegen den vorsätzlichen Vertragsbrecher befriedigend lösen. Die Behandlung unserer Frage in der Wissenschaft und ihr in diesem Punkt folgend auch die Rechtsprechung

hat allerdings bisher von den beiden zur Entschädigung des Dritten möglichen Wegen — Zuerkennung des Rechts an den Vertragsgläubiger, den fremden Schaden miteinzuklagen und Zuerkennung einer unmittelbaren Vertragsklage an den Dritten — lediglich die erstgenannte Möglichkeit zum Gegenstand ernsthafter Erörterung gemacht. Der zweite Weg aber wurde prinzipiell als zu weitgehend und aus dem Gesetz nicht begründbar abgelehnt. Wir glauben jedoch hinreichend dargetan zu haben, dass die Ausscheidung der Fälle, in denen nur theoretisch ein eigenes Interesse des Gläubigers vorliegt, unter bestimmten Voraussetzungen innerlich nicht gerechtfertigt ist, nämlich dann, wenn es sich um einen vorsätzlichen Vertragsbruch des Schuldners handelt und der endgültige Schaden tatsächlich doch nur in dem Vermögen des Dritten in Erscheinung tritt. Es muss vielmehr die Untersuchung der Rechtsstellung des aus Vertragsbruch Drittgeschädigten auch die Möglichkeit der Anerkennung einer direkten Klagebefugnis des Dritten ins Auge fassen, wenn sie im einzelnen Fall das einzige Mittel darstellte, dem Dritten den erforderlichen Schutz zu bieten. Denn unbestritten kommt auch die Anerkennung eines Rechts der Liquidation des Fremdschadens durch den Vertragsgläubiger nur als ein Notbehelf in Frage, als eines der möglichen Mittel zur Entschädigung des Dritten. Im übrigen, so wird sich später noch zeigen, lässt sich auch die Zulässigkeit einer direkten Klage des Dritten mindestens ebenso gut und ebenso schlecht aus dem Gesetz oder auf konstruktivem Wege begründen, wie eine Liquidation durch den Vertragsgläubiger.

Einen gewissen Anhaltspunkt für die Annahme, dass auch die Entwicklung der Rechtsprechung in neuester Zeit in ihrem Bestreben, den Dritten zu schützen, dahin gehe, in bestimmten Fällen auf das Erfordernis der Abtretung der Vertragsklage zu verzichten, bietet eine Stelle aus der Entscheidung in Band 121 S. 185.

Hier hat der erkennende Senat einen unmittelbaren Schadensersatzanspruch desjenigen verneint, der durch den grundlosen Erlass einer einstweiligen Verfügung materiell geschädigt war, ohne aber zugleich Antragsgegner im Sinn des § 945 ZPO. zu sein mit der Begründung, dass diese Bestimmung zweifellos nur den Antragsgegner zum Schadensersatz berechtige. Es käme, so heisst es dort, möglicherweise eine entsprechende Anwendung der für die Liquidation von Schäden aus dem Interesse eines Dritten entwickelten Rechtssätze in Frage. Man könnte unter entsprechender Anwendung dieses Rechtsgedankens vielleicht dahin gelangen, dass auch im Fall des § 945 ZPO. der Antragsgegner den Schaden vom Antragssteller ersetzt verlangen könne, der einem Dritten entstanden ist, sofern die Interessen dieses Dritten mit denen des Antragsgegners beson-

ders verbunden seien. Unter keinen Umständen aber sei es angängig, in Fortentwicklung dieses Gedankens nun auch dem wirklichen Geschädigten das Recht zu geben, seinen Anspruch unmittelbar gegen den Antragsteller geltend zu machen. Interessant für uns ist daran die Tatsache, dass das Reichsgericht diesen letzten Satz nun aber nicht etwa damit begründet, dass es eine solche Fortentwicklung überhaupt für unzulässig halte, sondern damit, dass ein so besonderes Recht, wie es der § 945 ZPO. gewähre, nicht weit über seinen Wortlaut hinaus ausgedehnt werden dürfe und damit ganz neue Rechte geschaffen würden, die dem Gesetzgeber sicher ferngelegen haben. Die Frage aber, ob überhaupt eine Fortentwicklung des die Geltendmachung fremden Schadens betreffenden Rechtsgedankens unzulässig sei, in der Richtung, dass der materiell geschädigte Dritte ohne Abtretung des dem Vertragsgläubigers zustehenden Anspruchs einen unmittelbaren Anspruch gegen den Schadensverursacher erhält, lässt das Reichsgericht ausdrücklich offen mit den Worten:

> „Inwieweit das (gegen die Zuerkennung eines unmittelbaren Anspruchs aus § 945 ZPO. an den materiell Geschädigten) Gesagte bei vertraglichen Ansprüchen zu gelten hat, kann dahingestellt bleiben".

Aus diesem Satz ergibt sich, dass die heutige Rechtsprechung in Fortentwicklung der zum Schutz des aus Vertragsbruch Drittgeschädigten gefundenen Sätze unter Umständen auch der Zuerkennung einer direkten vertragsähnlichen Klage des Dritten nicht ohne weiteres mehr ablehnend gegenüberstehen würde, wenn allein eine direkte Klage eine befriedigende Lösung des Tatbestands ermöglichen würde.

f. Als Abschluss des sich mit der Abgrenzung des Problems befassenden Abschnitts sei das Ergebnis nochmals kurz in wenigen Worten zusammengefasst:

Allen Fällen unseres Problems gemeinsam ist, dass durch ein von dem Vertragsschuldner zu vertretendes Verhalten oder zu vertretendes Ereignis in dem Vermögen eines Dritten ein Schaden entstanden ist. Es handelt sich stets um solche Fälle, in denen die fremden Interessen des Dritten in vertragliche Obhut gegeben sind. Für die theoretische Behandlung wertvoll ist die Feststellung, dass sich je nach der Art des vom Schuldner zu vertretenden Ereignisses zwei grosse Fallgruppen unterscheiden lassen.

Die erste dieser Gruppen betrifft alle die Fälle, in denen der Schuldner seinem Gläubiger gegenüber nur für Verschulden, also für Vorsatz und Fahrlässigkeit einzustehen hat und in denen der

Schaden in dem Vermögen des Dritten auf ein schuldhaftes Verhalten des Schuldners zurückzuführen ist.

Hierhin gehört, um nur ein Beispiel herauszugreifen, abgesehen von den zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts, denen meist ein schuldhaftes Verhalten des Vertragsschuldners zu Grunde liegt, folgender Fall:

Der Verkäufer A. hat dem Käufer B. einen wesentlichen Mangel der Kaufsache arglistig verschwiegen, würde ihm also nach § 463 BGB. zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet sein. Wie aber nun, wenn B. die Sache ohne Kenntnis des Mangels an einen Dritten C. verkauft, in dessen Vermögen sich erst der durch das arglistige Verhalten des A. verursachte Schaden auswirkt?

Die andere grosse Gruppe betrifft solche Fälle, in denen der Schuldner kraft besonderer vertraglicher oder gesetzlicher Verpflichtung seinem Gläubiger gegenüber auch für Zufall aufzukommen hat.

Hierhin gehören insbesondere die auch von der Rechtsprechung behandelten Fälle der Gastwirtshaftung.

Zum Abschluss sei noch auf folgenden und ähnlich gelagerte Fälle aufmerksam gemacht, in denen die verstärkte Zufallshaftung des Schuldners auf Vertrag beruht:

A. verleiht dem B. ein Buch mit der Befugnis zur Gebrauchsüberlassung an Dritte. B. überlässt es dem C., von dem er sich die verstärkte Haftung für Zufall versprechen lässt. Das Buch geht bei dem Dritten durch Zufall unter. Da B. zur Gebrauchsüberlassung an Dritte befugt war, haftet er für den Untergang der Sache nur nach normalen Grundsätzen, also bei Verschulden, nicht aber für Zufall. Ein Haftungsverhältnis zwischen B. und A. besteht nicht.

III. Die Stellungnahme der Wissenschaft.

Allgemein ist vorauszuschicken, dass fast alle Schriftsteller, die sich mit unserer Frage befasst haben, von dem mehr oder weniger stark betonten Gedanken ausgegangen sind, dass die Entwicklung von Sätzen zur Entschädigung des aus Vertragsbruch Drittgeschädigten durch die Verkehrsbedürfnisse unbedingt erfordert werde. Die Schwierigkeit liegt in der rechtlichen Begründung derartiger Rechtssätze und der richtigen Abgrenzung ihres Geltungsbereichs.

Als Leitfaden unserer Darstellung der wichtigsten Theorien und Konstruktionsversuche mag folgende kurze Aufstellung derjenigen Schriftsteller, die sich in eingehenderen Untersuchungen mit unserer Frage beschäftigt haben, gegeben sein:

a) Ein Recht des Vertragsgläubigers zur Liquidierung des fremden Schadens wird bejaht von: von Tuhr in Grünhuts Zeitschrift Bd. 25.
Regelsberger in Dogm. Jahrbüchern Bd. 41.
Krückmann in Jehr. Jahrbüchern Bd. 56.
Zimmermann, Neues Archiv für Handelsrecht Bd. I S. 48—82.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts § 258 Ziff. 3.
Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897, S. 300—311.

b) Ein Recht des Dritten, seinen eigenen Schaden auf Grund der Zession der Vertragsklage ersetzt zu verlangen, wird bejaht insbesondere von:
Rabel in der Festgabe für Bekker 1907. Monographie Weimar 1907.
A. H. Fischer, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 1903.
Titze, Unmöglichkeit der Leistung 1900.

c) Auf das Erfordernis des Zessionsaktes wird sogar verzichtet von von Tuhr in Grünhuts Zeitschrift Bd. 25 und
Endemann unter gewissen Voraussetzungen. Vgl. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. 8. Auflage 1900.

a) 1. Die Theorien Zimmermanns und Windscheids.

Bereits oben wurde kurz auf die ersten noch in die Zeit des gemeinen Rechts zurückreichenden Abhandlungen Zimmermanns und Windscheids und deren nachhaltigen Einfluss auf die Recht-

sprechung hingewiesen. Hier werden wir noch einmal etwas näher auf die Begründung der Formeln und ihre angreifbaren Punkte zurückkommen müssen:

Zimmermann glaubt seinen a. a. O. zitierten Satz, „wer mit einem Kommissionär abschliesst . . ." aus den ähnlich gelagerten Rechtsbeziehungen des römisch-rechtlichen Mandatsverhältnisses ableiten zu können. Die Belegstelle findet sich bei Ulpian d. 8. § 3 mand. 17,1:

> „si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui sibi ipse mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur: tenetur autem, quia agere potest".

Zimmermann geht bei der Auslegung dieser Stelle von folgenden Erwägungen aus: Dem römischen Recht war die Einrichtung der direkten Stellvertretung unbekannt. An ihrer Stelle bildete sich ein Ersatzmittel in der bei Ulpian angegebenen Form heraus in der Art, dass der Geschäftsherr sich durch einen Ersatzmann vertreten liess. Dieser schloss und konnte auch nur in eigenem Namen abschliessen, sodass der Geschäftsherr den Vertragsschuldner nur auf Grund der Abtretung des Anspruchs des procurators haftbar machen konnte.

Die für uns entscheidende Frage geht dahin: Welches Interesse lag im Fall der zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung diesem abgetretenen Anspruch zu Grunde, das des Mittelsmannes oder das des Geschäftsherrn?

Zimmermann vertritt den Standpunkt, der abgetretene Anspruch habe als Inhalt das Interesse des Geschäftsherrn haben müssen. Denn der Mittelsmann habe, wenn ihm kein Verschulden bei dem Vertragsschluss zur Last gefallen sei, keinen Schaden erlitten, da er gegenüber seinem Geschäftsherrn frei geworden sei. Da aber der ordnungsmässige Abschluss des Vertrages durch den Beauftragten die Regel bilde, hätte dieser von den Römern als Ersatz für die Stellvertretung benutzte Weg an einer sehr empfindlichen Lücke gelitten, auf die wahrscheinlich in den Quellen hingewiesen worden wäre. Da dies aber nicht der Fall sei, aus den Quellen sich vielmehr die volle Zufriedenheit der Römer mit diesem Institut ergebe, lasse sich daraus nur die Folgerung ziehen, dass der Geschäftsherr mit der abgetretenen actio mandati auch dann sein eigenes Drittinteresse habe verlangen können, wenn der Beauftragte ihm nicht haftbar gewesen sei.

Die Beweisführung Zimmermanns kann man für unser Recht als zwingend nicht anerkennen. Mit Recht ist von den meisten der späteren Schriftsteller auf den in seiner Auslegung enthaltenen Zirkelschluss aufmerksam gemacht worden:

„Der erste Beauftragte haftet seinem Auftraggeber, weil er den zweiten Beauftragten belangen kann. Er kann ihn belangen, weil er seinem Auftraggeber haftet".

Besonders von Tuhr bestreitet im Eingang seiner ausführlichen Untersuchung über eigenes und fremdes Interesse (Grünhuts Zeitschrift Bd. 25) die Richtigkeit der Zimmermannschen Auffassung. Denn während nach unserem Recht der Kommissionär durch den ordnungsmässigen Abschluss des Ausführungsvertrages f r e i werde, beruhe der Grund der Entscheidung bei Ulpian gerade darin, dass der Mittelsmann dem Geschäftsherrn als dem materiell Geschädigten hafte. (v. Tuhr a. a. O. S. 551). Der Gedankengang von Tuhrs ist wohl der:

Wäre es richtig, dass auch im römischen Recht der ordnungsmässige Abschluss des Ausführungsvertrages den Beauftragten dem Geschäftsherrn gegenüber frei gemacht hätte, so wäre sicher in den Quellen die durchaus nicht selbstverständliche Frage behandelt worden, ob der Beauftragte den fremden Schaden einklagen dürfe. Denn bei der Häufigkeit dieser Fälle hätte die Ablehnung der gestellten Frage einen fühlbaren Mangel in der Rechtsstellung des römischen Geschäftsherrn zur Folge gehabt.

Von Tuhr zieht also aus dem Schweigen der Quellen zu der Frage, wie es sich mit der Klage des Beauftragten bei mangelndem eigenen Interesse verhalte, gerade den entgegengesetzten Schluss wie Zimmermann. Es kann seiner Ansicht nach nur dahin gedeutet werden, dass in den Fällen des ordnungsmässigen Abschlusses die genannte Schwierigkeit überhaupt nicht aufgetaucht ist. d. h. der Beauftragte haftete auch bei ordnungsmässigem Abschluss des Ausführungsgeschäfts dem Geschäftsherrn für das Verschulden seines Vertragsschuldners.

Man muss zugeben, dass beide Schlüsse je nach der persönlichen Auffassung des Auslegers haltbar sind, ohne dass die absolute Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer der Ansichten auch nur mit Wahrscheinlichkeit angenommen werden könnte. Es folgt daraus jedenfalls soviel:

Eine zwingende Begründung des Gedankens der Liquidation aus fremdem Interesse für unser heutiges Recht hat Zimmermann nicht zu geben vermocht.

Demgemäss entbehrt auch die auf ihr aufgebaute verallgemeinernde Formel Windscheids der festen Grundlage, der, wie bereits oben erwähnt, den Satz von der Umwandlung des fremden Interesses in ein eigenes des Gläubigers herangezogen hat. Windscheid lehrt:

„Hat sich der Gläubiger im Interesse eines andern zum Gläubiger gemacht, so bildet den Inhalt seiner Forderung der von diesem erlittene Nachteil"

und weiter:

„dadurch, dass er im Interesse eines andern kontrahiert, macht er dessen Interesse zu dem seinen".

Mit Recht hat die Wissenschaft und auch die Rechtsprechung der neuern Zeit den Gedankengang Windscheids als zur Lösung des Problems nicht geeignet, ja geradezu als irreführend erkannt.

So z. B.: Regelsberger a. a. O. S. 262.
Crome: Patr. Rechtsgeschäfte S. 300 ff.
Lehrbuch des BR. § 151 Nr. 3.
Krückmann a. a. O. S. 263.
Oberscheid in den Bonner Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen Heft V. u. a.

Insbesondere Krückmann wendet sich gegen den Gedanken der Umwandlung des Interesses mit den Worten: „Im Gegenteil muss auf das strengste daran festgehalten werden, dass das Interesse als das erscheint, was es ist, als das fremde Interesse". (Krückmann a. a. O. S. 246).

a) 2. Von Tuhrs Lehre vom „Transitorischen Interesse".

Ein dem Windscheidschen ähnlicher Gedankengang liegt der von Tuhrschen Theorie vom transitorischen Interesse, die in der Wissenschaft zahlreiche Anhänger gefunden hat, zu Grunde. Auszugehen ist von der heute noch unbestritten geltenden Einteilung der zwischen Vertragsparteien oder anderen durch mittelbare vertragliche Beziehungen verbundenen Personen möglichen Interessenverknüpfungen, wie wir sie der tiefschürfenden Untersuchung von Tuhrs verdanken.

Von Tuhr a. a. O. unterscheidet:

Ein unmittelbares, direktes eigenes Interesse des Vertragsgläubigers liegt vor, wenn durch die Leistung seinem Vermögen ein neues Aktivum zugeführt, sein Wert erhöht oder vor Verminderung geschützt werden soll. Im Normalfall ist dieses unmittelbare Interesse ein d e f i n i t i v e s, der Schaden, der sein Vermögen betroffen hat, bleibt an ihm haften.

Wenn aber der Gläubiger als indirekter Stellvertreter (Kommissionär) des Dritten kontrahiert habe, so sei die Leistung dazu bestimmt gewesen, durch sein Vermögen hindurch in das des Dritten zu gelangen. Es wird dabei vorausgesetzt, dass der Einkaufskommis-

sionär Eigentum an der gekauften Ware erwirbt. Wäre die Leistung an den Gläubiger erfolgt, so wäre dadurch eine Vermehrung seiner Aktiven entstanden, zugleich aber auch eine Verpflichtung, die erhaltenen Werte dem Vermögen des Dritten zuzuführen. Der Inhalt der Leistung hätte also im Vermögen des Gläubigers lediglich als Durchgangsposten figuriert. Daher sei das Interesse in diesem Fall ein transitorisches, das des Dritten ein definitives!

Das transitorische bestimme sich hinsichtlich seiner Höhe nur nach dem Sachwert, weil der Gegenstand in keine Beziehung zu dem übrigen Vermögen des Gläubigers treten solle. Das definitive Interesse des Dritten dagegen könne den Sachwert übersteigen, weil die Leistung dazu bestimmt sei, in seinem Vermögen weitere gewinnbringende oder schadenabwehrende Wirkungen auszuüben. Transitorisches und definitives Interesse seien, soweit ihre Beträge gleichkämen, coinzidierende Interessen.

Somit ist nach der von Tuhrschen Theorie in diesen Fällen der indirekten Stellvertretung die Abwälzung des Schadens, soweit er den Sachwert nicht übersteigt, auf dem gesetzlichen Regresswege möglich.

Verteidigt und weiterentwickelt wurde von Tuhrs Gedanke insbesondere von A. H. Fischer, Der Schaden a. a. O. S. 82 f., der sie allgemein auf alle die Fälle ausgedehnt wissen will, in denen der Gläubiger die Rechtsstellung des fiduziarischen Eigentümers einnimmt.

Dieser müsse demnach in eigenem Namen und äusserlich in eigenem Interesse alle Rechte geltend machen könne, die das eingekaufte Gut bis zum Betrage des Sachwerts beträfen. Selbst wenn der wirtschaftliche Eigentümer bezw. der Kommittent im Konkurse des Kommissionärs bezw. des fiduziarischen Eigentümers aussondern dürfe, so seien die letzteren doch jedenfalls nach aussen hin allein befugt, über das Gut zu verfügen, es zu verkaufen und den Erlös für sich zu verbrauchen, ohne sich der Unterschlagung schuldig zu machen.

Ein Recht des schadensersatzpflichtigen Schuldners, unter Aufdeckung des Innenverhältnisses dem Fiduziar jeglichen eigenen Schaden abzusprechen, stelle eine unzulässige exceptio ex jure tertii dar. Vgl. auch von Tuhr a. a. O.

U. E. kann auch die von Tuhrsche Theorie von dem transitorischen Interesse des Gläubigers als mittelbar eigenen Schadens eine einwandfreie rechtliche Begründung für sich nicht in Anspruch nehmen.

Das Problem der Liquidation aus fremden Interesse ist entstanden aus der Eigenart unseres Interessebegriffs, der voraussetzt,

dass der Vertragsgläubiger zugleich auch stets der materiell Geschädigte ist. Fallen Gläubiger und materiell Geschädigter auseinander, so tritt die Schwierigkeit zu Tage. Sie wird auch durch die Theorie von dem transitorischen Interesse des Gläubigers nur anscheinend beseitigt, denn materiell geschädigt ist auch hier lediglich der Dritte. Der Gläubiger ist bei ordnungsmässigem Abschluss des Geschäfts in fremdem Interesse dem Dritten gegenüber von jeglicher Verpflichtung frei geworden und haftet ihm nicht, wenn diesem durch die vertragswidrige Leistung des Schuldners ein Schaden entstanden ist. Aus der Tatsache allein, dass der Gläubiger bei ordnungsmässiger Leistung des Schuldners an ihn zur Weiterleitung der Leistung in das Vermögen des Dritten verpflichtet ist, kann ein eigener Schaden des Gläubigers nicht konstruiert werden, wenn der Schuldner überhaupt nicht oder sonst vertragswidrig leistet. Es mag dem Gläubiger zwar unangenehm sein, wenn er an den mit ihm in Vertragsbeziehungen stehenden Dritten nicht liefern kann. Ein Rechtsnachteil entsteht ihm daraus aber nicht.

Die Lehre von dem transitorischen Interesse leidet demnach an denselben Mängel, wie der bereits früher von Windscheid unternommene Versuch, die sich aus dem Problem der Liquidierung fremden Schadens ergebenden Schwierigkeiten durch die innerlich nicht begründete Fiktion eines eigenen Schadens des Vertragsgläubigers zu umgehen.

Angesichts der unbestrittenen Tatsache, dass unserem Recht Einheitlichkeit von Gläubiger und materiell Geschädigten eigentümlich ist, ist es das gute Recht des Schuldners, die Einwendung des mangelnden eigenen Interesses des Gläubigers zu erheben, wenn ihn tatsächlich kein Schaden trifft. Inwiefern diese Einwendung gerade in den Fällen der indirekten Stellvertretung eine unzulässige exceptio ex jure tertii darstellen solle, ist weder von Fischer noch von von Tuhr nachgewiesen.

a) 3. Krückmanns Theorie.

Eine die Liquidation aus fremdem Interesse auf ein Mindestmass einschränkende Theorie vertritt Krückmann (Jehr. Jahrb. Bd. 56 S. 245 ff.), in dem er sie von dem Bestehen eines Rechtsverhältnisses bereits zur Zeit des schadensverursachenden Ereignisses abhängig macht.

Ausgeschlossen sind also nach dieser Ansicht von der Liquidationsmöglichkeit alle die Fälle, in denen das Interesse nachträglich von dem Liquidanten auf den Dritten übergeht, d. h. u. a. alle Fälle der Gewährleistungshaftung, deren Natur mit dem Wesen der

Liquidation aus fremdem Interesse unvereinbar sei. Ausschlaggebend für die Geltendmachung eines fremden Schadens sei lediglich der Gesichtspunkt, ob der Dritte einen Herausgabeanspruch in Ansehung der liquidierten Summe habe. Begründet wird diese Auffassung Krückmanns damit, dass es kein sichtbares Merkzeichen dafür gebe, wo man bei der Liquidation aus fremdem Interesse Halt zu machen habe, wenn man, wie die herrschende Lehre, so insbes. Zimmermann, von Tuhr, Titze, Regelberger, Fischer, Örtmann es hielten, den Satz aufgebe, dass das Interesse des Dritten schon vor Begehung der schädigenden Handlung berechtigt gewesen sein müsse. Die herrschende Lehre statuiere die Liquidation fremden Schadens als eine Durchbrechung des Grundsatzes der Relativität der Forderungsrechte, deren Gefahr vor allem darin liege, dass sich die Haftung des Schuldners bei dem Bestehen mehrerer Nachmänner ins Ungemessene steigern könne, im Gegensatz zu der unentbehrlichen Einrichtung, dass alle Rechtsverhältnisse sich einmal zutode laufen müssten.

Um die Bedeutung der Krückmannschen Einschränkung anzudeuten, seien nur zwei auch von K. zitierte Beispiele herausgegriffen, in denen der Dritte nach K. schutzlos ausgehen müsse.

Es kann zum Beispiel in dem Fall, dass der Verkäufer arglistig Mängel verschweigt, der Käufer gutgläubig an den Dritten weiterverkauft und dieser die Mängel entdeckt (mit den verschiedenen Abwandlungen: Ausschluss der Gewährschaftspflicht zwischen dem Käufer und dem Dritten, Verjährung) der Käufer, da er nur ein eigenes Interesse geltend machen kann, regelmässig nur den gemeinen Wert der Sache liquidieren, während der Dritte einen viel grösseren Schaden erlitten haben kann. Oder: Ähnlich liegt folgender Fall:

Der Käufer verkauft etwa 5 Monate, nachdem er von dem gutgläubigen Verkäufer gekauft hat, die Sache an einen Dritten weiter. Zwei Monate später entdeckt der Dritte den Mangel, der offensichtlich schon zur Zeit des Verkaufs durch den ersten Verkäufer vorhanden gewesen ist. Hier sei das Ergebnis dasselbe. Der erste Verkäufer sei frei und an dem ersten Käufer bleibe die Gewährschaft hängen.

In beiden Fällen, so meint Krückmann, müsse man sich einfach die Macht der Tatsachen gefallen lassen, die auf jede Haftung eines gutgläubigen Schuldners oder eines Uebeltäters von Einfluss sei.

Diese Beweisführung Krückmanns ist u. E. jedoch nicht so zutreffend, wie sie auf den ersten Blick erscheint. Für unsere Frage lassen sich aus der vergleichsweisen Gegenüberstellung dieser beiden Fälle Schlüsse überhaupt nicht, jedenfalls aber nicht in dem von

Krückmann gewollten Sinne ziehen. Es ist ein grosser Unterschied, ob der Einfluss der Macht der Tatsachen einen gutgläubigen Schuldner nach Ablauf einer bestimmten Zeit von Haftung frei werden lässt, oder ob dieser Vorzug einem dolos handelnden Schuldner zu Gute kommen soll!

Der Sinn der Liquidation aus fremdem Interesse ist gerade der, den schuldigen Vertragsbrecher nicht auf Kosten des geschädigten Dritten triumphieren zu lassen.

Wollte man daher Krückmanns Bedenken in vollem Umfang anerkennen, so hiesse das nichts anderes, als den Gedanken der Liquidation aus fremdem Interesse zur Bedeutungslosigkeit herabzumindern. Denn gerade die von Krückmann ausgeschlossenen Fälle, in denen das Interesse an ordnungsmässiger Leistung erst nachträglich von dem Vertragsgläubiger auf den Dritten übergeht, stellen nach der überzeugenden Untersuchung von Tuhrs ein Hauptkontingent aller Fälle dar, in denen die Entschädigung des aus Vertragsbruch geschädigten Dritten Schutz erheischt.

Andererseits wäre es unrichtig, die von Krückmann erkannte Gefahr, dass eine zu allgemein gehaltene Anerkennung eines Rechts zur Liquidierung fremden Schadens leicht zu einer ungerechten Übersteigerung der Haftpflicht des Schuldners führen könne, in den Wind zu schlagen. Es ist sicher nicht leicht, einen richtigen Massstab zur Abgrenzung des Gedankens zu finden. Immerhin hat aber die wissenschaftliche Untersuchung bereits zu wertvollen Ergebnissen geführt, die unten noch zu behandeln sein werden; es kann jedoch bereits hier darauf hingewiesen werden, dass man Krückmanns Bedenken insoweit jedenfalls Rechnung tragen muss, dass auch die Haftung für fremden Schaden grundsätzlich nicht das Höchstmass der Haftung übersteigen darf, das bei Vorliegen eines Haftungsverhältnisses — also eines eigenen Schadens des Gläubigers gegeben wäre. Auch bei der Liquidation fremden Schadens haftet der Schuldner nur einmal, und zwar im praktischen Ergebnis auf den Umfang des höchsten Interesses, das im Vermögen eines der Nachmänner erreicht wird.

b) Die auf § 281 BGB. beruhenden Konstruktionsversuche.

Bei den Versuchen, eine Begründung des Gedankens der Liquidation aus fremdem Interesse aus dem Gesetz selbst zu finden, hat die Bestimmung des § 281 BGB. eine überragende Bedeutung gewonnen.

Der § 281 BGB. statuiert für den Fall, dass der Schuldner infolge des Umstandes, der die Leistung unmöglich macht, für den

geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt, für den Schuldner eine Herausgabepflicht des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Schadensersatzanspruchs.

Die herrschende Meinung nimmt nun, da der Wortlaut des Gesetzes nichts Gegenteiliges sagt, an, dass § 281 BGB. sowohl in dem Fall der vom Schuldner zu vertretenden wie der von ihm nicht zu vertretenden Unmöglichkeit Anwendung finde. Da aber der Schuldner, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, an sich dem Gläubiger gegenüber von seiner Leistungs- und Schadensersatzpflicht frei wird, so ist in diesen Fällen sein eigener Schaden meist sehr gering, sofern ein solcher überhaupt besteht. Die sich daraus ergebende Frage, ob der Dritte nun den ihm auf Grund des § 281 abzutretenden Ersatzanspruch seinen eigenen Schaden zu Grunde legen dürfe, wird von verschiedenen Schriftstellern bejaht aus dem Gesichtspunkt heraus, dass andernfalls, obwohl der Gesetzgeber bei Fassung des § 281 nicht zwischen zu vertretender und nicht zu vertretender Unmöglichkeit unterschieden habe, die Praxis zu einer Ausscheidung der letztgenannten Fälle komme.

So weist insbesondere von Tuhr in Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 47 S. 91 auf den Fall hin, dass der Beauftragte ohne ein Verschulden zu begehen, sich einen Substituten bestellt. Würde durch dessen Schuld die Ausführung des Auftrags unmöglich, so hafte der Beauftragte seinem Auftraggeber nach § 664 BGB. nicht, müsse aber seinen Anspruch gegen den Substituten dem Auftraggeber abtreten. Das Gesetz sage nun nichts darüber, welchen Inhalt der Anspruch in Händen des Beauftragten habe. Da der Letztere einen eigenen Schaden nicht erlitten habe, er aber gleichwohl nach § 281 BGB. einen Anspruch abtreten müsse, so könne der nur auf Ersatz des Schadens gerichtet sein, den der Auftraggeber erlitten habe.

Mit dieser Argumentation der herrschenden Lehre lässt sich jedoch die Behauptung einer Abtretungspflicht, die die gesetzliche Grundlage einer allgemeinen Liquidationsmöglichkeit für fremden Schaden darstellen könnte, nicht führen. § 281 BGB. statuiert vielmehr eine Herausgabepflicht des Schuldners nur für eigenen Schaden, hat der Schuldner aber mangels eines eigenen Schadens einen Ersatzanspruch nicht erlangt, so braucht er einen solchen auch nicht an den Dritten abzutreten. Zutreffend gibt Krückmann a. a. O. den Inhalt des § 281 BGB. wieder mit den kurzen Worten: „Der Schuldner gibt, was er hat, und wenn er nichts hat, gibt er nichts".

Der innere Widerspruch in der Auslegung der herrschenden Lehre wird deutlich bei der nicht zu umgehenden Frage, wie es mit der Inhaltlosigkeit des Anspruchs in der Hand des Zedenten zu erklären sei, dass der Dritte dem ihm abgetretenen inhaltsleeren An-

spruch sein fremdes Interesse zu Grunde legen dürfe. Diese Erscheinung steht in krassem Gegensatz zu dem unserem Recht ebenso wie dem römischen eigentümlichen Prinzip, dass Ansprüche durch Abtretung so übergehen, wie sie zur Zeit des Zessionsaktes waren: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet.

Mit Recht lehnt insbesondere von Tuhr mit dieser Begründung die Verwertbarkeit des § 281 BGB. für unsere Frage ab. Auch Krückmann a. a. O. hat in längeren Ausführungen gegen die Argumentation der herrschenden Lehre zu § 281 Stellung genommen und sie als „unorganisches Vernieten zweier nicht zusammengehörender Dinge" bezeichnet.

In diesem Zusammenhang muss noch auf die Untersuchungen A. H. Fischers und Rabels aufmerksam gemacht werden, die sich bei dem Versuch einer Beseitigung der oben erwähnten Schwierigkeit — Abtretung einer actio inanis — besonders eigenartiger Konstruktionen bedient haben.

b) 1. Fischer greift zurück auf die insbesondere von von Tuhr für unsere Frage herangezogene, aber für unser Recht als unbrauchbar abgelehnte Trennung von actio und Anspruch im römischen Recht. Während die Voraussetzungen eines wirksamen Klagerechts actio d. i. die Klagebefugnis und materieller Anspruch in unserem Recht eine unlösbare Einheit bilden, konnten sie im römischen Recht unter Umständen getrennt nebeneinander bestehen . ." Die actio gab die Befugnis, jemand vor Gericht zu ziehen, aber erst der Anspruch verlieh das Recht, eine Verurteilung zu verlangen". (Oberscheid a. a. O.) Das in der Literatur meist angeführte Schulbeispiel eines solchen Falles, in dem der Vertragskontrahent die actio, den materiellen Anspruch aber ein Dritter hatte, ist folgendes:

Gab z. B. der Besitzer einer fremden Sache diese einem andern in Verwahrung, so stand ihm allein aus dem Verwahrungsvertrag die actio zu, den Anspruch aus der Schädigung aber hatte nur der Eigentümer der Sache. Trat nun der Vertragsgläubiger seinen Anspruch aus dem Verwahrungsvertrag an den Eigentümer ab, so waren actio und Anspruch in der Hand des Dritten vereint und der Dritte konnte nunmehr von dem Vertragsschuldner vollen Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen.

Die gleiche Erscheinung des Uebergangs einer zunächst inhaltslosen Forderung auf einen Dritten, in dessen Hand sie erst nachträglich ihren materiellen Inhalt gewinne, glaubt Fischer in einigen positiven die Subrogation betreffenden Bestimmungen des Gesetzes, so insbesondere in den §§ 774, 426 II BGB. wiederzuerkennen. In der erstgenannten Vorschrift gehe die Forderung des befriedigten Gläubigers kraft Gesetzes über auf den tilgenden Bürgen. Da auf

diesen Forderungsübergang die für die Abtretung geltenden Vorschriften des § 412 BGB. entsprechend Anwendung fänden, könne das Recht des Gläubigers auf den Tilgenden nicht anders übergehen, als es im Augenblick der Befriedigung des Gläubigers bei diesem gewesen sei, d. h. in inhaltsleerem Zustand. Dasselbe ergebe sich aus § 426 II. BGB.:

„Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt, und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über."

Mit Recht hat Oberscheid a. a. O. im Anschluss an die herrschende Lehre Fischers Gedankengang als unbegründeten Umweg abgelehnt. Es liege viel näher, die Fälle der Subrogation als Ausnahmen von dem allgemeinen Satz zu betrachten, dass Forderungen durch Tilgung untergingen. Im Gegenteil habe der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen wollen, dass hier trotz Befriedigung des Gläubigers die Forderung ausnahmsweise nicht untergehen, sondern in ihrem vollen Bestande auf einen Dritten übergehen sollte.

Die Unrichtigkeit Fischers Ansicht, dass auch nach § 281 BGB. unter Umständen eine acto inanis zu zedieren wäre, hat insbesondere auch Krückmann a. a. O. an einem von Fischer selbst gebrachten Beispiel nachgewiesen. Fischer behauptet nämlich, dass, wenn dem Eigentümer die Sache, die er nach § 518 BGB. einem andern formgültig versprochen habe, von einem Dritten zerstört werde, sein eigenes Interesse, das er nach § 281 BGB. abzutreten hätte und für das der Dritte aus Vertrag oder Delikt haften würde, gleich null sei. Krückmann weist demgegenüber auf die Tatsache hin, dass der Eigentümer stets mindestens in der Höhe des gemeinen Werts der Sache ein eigenes Interesse habe und dass eine unentgeltliche Veräusserung ihm lediglich die Liquidierung eines darüber hinausgehenden Interesses abschneiden würde.

b) 2. Von einem ganz anderen Gesichtspunkt ausgehend entwickelt Rabel (Festgabe für Bekker 1907. Monographie Weimar 1907) seine Theorie. Er versucht die Schwäche der übrigen mit § 281 BGB. operierenden Untersuchungen — die Abtretung einer actio inanis — zu vermeiden, allerdings tritt dadurch der schwache Punkt seiner Konstruktion bereits bei einer Vorfrage in Erscheinung.

Der von der herrschenden Lehre angenommene Mangel eines Inhalts des von dem Mittelsmann abzutretenden Anspruchs beruht auf der Voraussetzung, dass durch die Schuldverletzung der Gegenstand in das Interesse verwandelt werde (Vgl. z. B. von Tuhr a. a. O. S. 558). Rabel versucht nun aus dem römischen Recht die Unrichtigkeit dieser Annahme nachzuweisen.

Es sei deshalb auch durchaus denkbar, noch nach der Schuldverletzung den ursprünglichen Anspruch abzutreten. Damit sei dem Dritten die Möglichkeit gegeben, den Schadensersatz auf sein eigenes Vermögen zu projizieren. Rabel fordert daher zur Entschädigung des Dritten die Zession der Vertragsklage, die sich für den Verkäufer und den aus einem Schenkungsversprechen Verpflichteten als gesetzliche Pflicht unmittelbar aus § 281 BGB. ergebe. Im übrigen folge die Abtretungspflicht aus der Art des zwischen Vertragsgläubiger und Drittem bestehenden Rechtsverhältnisses, sodass der Dritte von seinem Verhältnis zu dem Gläubiger abhänge.

Rabels Lehre hat m. E. mit Recht im Schrifttum nirgends Zustimmung erfahren. Sein Ausgangspunkt, die ursprüngliche Forderung lasse sich auch noch nach der Schuldverletzung mit dem gleichen Inhalt abtreten, ist unrichtig.

Aus dem Sinn und Wortlaut des Gesetzes (§ 325 BGB.) ergibt sich vielmehr, dass sich die Forderung durch verschuldete Unmöglichkeit der Leistung in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung verwandelt. Ist dies aber der Fall, so vermag der Gläubiger nach der Schuldverletzung nicht mehr den Anspruch auf die ursprüngliche Leistung, sondern nur den auf Schadensersatz abzutreten. Hat der Gläubiger nun einen eigenen Schaden nicht erlitten, so ist der von ihm abzutretende Anspruch inhaltslos, denn der Grundsatz nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet, liegt auch unserem Schuldrecht zu Grunde.

Rabels Theorie kann somit als rechtliche Grundlage des Gedankens der Liquidation aus fremdem Interesse nicht anerkannt werden.

Als Gesamtergebnis bleibt die Feststellung, dass alle Versuche, auf konstruktivem Wege den § 281 BGB. zur Begründung der Liquidation aus fremdem Interesse heranzuziehen, scheitern müssen an der eigenartigen Zweckbestimmung dieser Vorschrift durch den Gesetzgeber. Es war keineswegs beabsichtigt, in dem § 281 eine besondere Art des Schadensersatzes für den Gläubiger zu schaffen. Sondern massgebend war lediglich die Erwägung, dass es unbillig sei, „den Gläubiger zusehen zu lassen, wie der Schuldner seiner Verpflichtung ihm gegenüber frei wird und noch etwas dazu in sein Vermögen an Stelle des geschuldeten Gegenstandes bringt, während der Gläubiger der Vermögensvermehrung, die er durch die Obligation bezweckte, verlustig geht". (Seefried, Der § 281 BGB. Erlanger Diss. 1905.)

Diesem Gedanken entspricht es, wenn der Gesetzgeber dem mit dem Nachteil einer zufällig eintretenden Unmöglichkeit der Leistung belasteten Gläubiger wenigstens einen kleinen Ersatz in Gestalt des

Surrogats oder des Ersatzanspruchs zubilligt, den der Schuldner durch diesen Zufall erlangt. Es folgt weiter daraus, dass nach dem Wesen des Surrogats bezw. des Surrogatersatzanspruchs diese im Normalfall einen schon rein objektiv geringeren Wert haben werden als der Gegenstand selbst. Der auf Billigkeitserwägungen beruhenden Zweckbestimmung würde es daher offensichtlich widersprechen, wenn der Gläubiger einen über das Surrogat hinausgehenden Schaden auf Grund des § 281 BGB. verlangen könnte, bezw. wenn er einen solchen dem ihm abzutretenden Ersatzanspruch des Schuldners zu Grunde legen dürfte. (So auch Seefried a. a. O. S. 78.)

c) 1. Rückblickend können wir feststellen, dass auch die Wissenschaft, wenngleich Unterschiede in der Art der Begründung gegeben sind, den Gedanken der Liquidation aus fremdem Interesse überwiegend anerkannt hat. (a. M. insbes. Staudinger Komm. z. BGB. 1929, 9. Aufl. II. 1. S. 116 und II. 3. Anm. II. zu § 701.) Man hat entweder dem Vertragsgläubiger das Recht, den fremden Schaden miteinzuklagen, oder dem Dritten selbst das Recht, den Schaden mittels der ihm abgetretenen Vertragsklage des Gläubigers geltend zu machen, zugebilligt.

Aus der prinzipiellen Anerkennung des Gedankens der Liquidation aus fremdem Interesse als solchen folgt nunmehr die Notwendigkeit der Behandlung verschiedener Unterfragen, die die praktische Anwendung des Gedankens betreffen, insbesondere der Frage, an wen denn nun der Vertragsschuldner im einzelnen Fall zu zahlen habe, an den Gläubiger oder an den Dritten unmittelbar.

Vorausgeschickt mag sein, dass alle Autoren sich insoweit einig sind, dass die Liquidationsbefugnis des Gläubigers selbstverständlich niemals zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Gläubigers führen dürfe, sondern dass der einzuklagende fremde Schaden auch stets in das Vermögen des materiell geschädigten Dritten weiterzuleiten sei. So sind beispielsweise gerade Krückmanns Theorie und von Tuhrs Lehre vom transitorischen Interesse vorwiegend auf der Herausgabepflicht des Gläubigers hinsichtlich des in seinem Vermögen nur als „Durchgangsposten" figurierenden Drittinteresses aufgebaut.

Da wir eine absolut zwingende Begründung für den Gedanken der Liquidation aus fremdem Interesse in keiner der oben dargestellten Theorien haben anerkennen können, rechtfertigt sich hier auch eine verhältnismässig kurze Stellungnahme zu den in der Literatur teilweise sehr eingehend behandelten Unterfragen.

Auf den ersten Blick mag es zwar selbstverständlich erscheinen, dass der Schuldner befugt und verpflichtet ist, die Zahlung ledig-

lich gegenüber dem Vertragsgläubiger, mit dem allein er ja auch in unmittelbaren vertraglichen Beziehungen steht, vorzunehmen.

So ist es auch verständlich, dass in der Wissenschaft von verschiedenen Schriftstellern ohne besondere Begründung die Ansicht vertreten wird, der Schuldner dürfe nur an den Gläubiger zahlen.

vgl. z. B.: Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 91, Crome Lehrbuch Bd. II S. 77.

Diese Betrachtungsweise erscheint aber angesichts der besonderen Zweckbestimmung der Liquidation eines fremden Schadens als eine äusserliche. Die Liquidation aus fremdem Interesse ist und darf lediglich ein Mittel zu dem Zweck sein, den in der Person des Dritten entstandenen Schaden auf seinen schuldhaften Verursacher, den Vertragsschuldner, abzuwälzen.

Es fragt sich nun, ob nicht etwa eine Gefährdung oder evtl. gar eine völlige Vereitelung dieses Zwecks eintreten würde, wenn der eingeklagte Schadensbetrag nicht sofort in das geschädigte Vermögen des Dritten hineingeleitet, sondern erst durch das Vermögen des lediglich formell als Aktivlegitimierter auftretenden Gläubigers hindurchgeleitet werden müsste.

Ein naheliegender und zugleich schwerwiegender Umstand wäre der, dass dritte Gläubiger des Vertragsgläubigers den dem Letzteren zustehenden Ersatzanspruch hinsichtlich des Drittschadens pfänden und sich überweisen liessen oder den bereits vom Schuldner an den Gläubiger gezahlten Betrag vor dessen Weiterleitung in das Vermögen des Dritten pfänden und sich daran für ihre Forderungen gegenüber dem Vertragsgläubiger befriedigen würden.

Derartige Massnahmen müssten zu einer völligen Vereitelung der der Liquidation aus fremdem Interesse zugrunde liegenden Zweckbestimmung führen. Das gegen die Zahlung des Drittinteresses an den Gläubiger aufgezeigte Bedenken haben verschiedene Autoren zu zerstreuen versucht, indem sie eine analoge Anwendung der Bestimmung des § 392 II HGB. vorschlugen, die besagt,

„dass Forderungen aus einem von dem Kommissionär abgeschlossenen Geschäft, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär und dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten".

Mit anderen Worten bestimmt § 392 II BGB. für den besonderen Fall des Kommissionsgeschäfts ausdrücklich, dass derartige Ansprüche, die sich aus den im Interesse des Kommittenten abgeschlossenen Geschäften ergeben, zugunsten von Gläubigern des Kommissionärs unpfändbar und im Konkurse des Letzteren als zum Vermögen des Kommittenten gehörig zu gelten haben.

Der entsprechenden Anwendung des dieser Vorschrift zu Grunde liegenden Gedankens, dass eine im Interesse eines Dritten begründete Forderung als Forderung des Dritten zu gelten habe, für dessen Vermögen sie von vornherein bestimmt war, allgemein auf alle Fälle der Liquidation aus fremdem Interesse

So insbesondere:

Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. I, S. 563,
Regelsberger, a. a. O., S. 280,
Kunze, a. a. O., S. 61 u. A.

stehen doch erhebliche Bedenken entgegen. Denn dass der Wille des Gesetzgebers bei der Schaffung des § 392 II HGB. dahin ging, die Unpfändbarkeit derartiger im Interesse eines Dritten begründeter Forderungen gerade nur auf den Spezialfall des Kommissionärs zu beschränken, ergibt sich mit hoher Wahrscheinlichkeit aus der Auffassung der II. Kommission in Protokollen Bd. I, S. 364. Dort sind starke Bedenken gegen eine Verallgemeinerung des § 392 HGB. ausgesprochen für solche Fälle, in denen es für den Gläubiger nicht erkennbar ist, dass die Forderung für das Vermögen des Dritten bestimmt ist, weil dadurch der Kredit gefährdet werden könnte, wenn die Gläubiger nicht mehr sicher wären, dass das Vermögen, das sich äusserlich als einer Person gehörig darstelle, auch rechtlich entsprechend behandelt werde.

Vgl. dazu auch die neuere Entwicklung des Treuhandrechts und der Grundsätze über die mittelbare Stellvertretung, die allerdings zu einem festen Abschluss noch nicht gekommen sind. Nach herrschender Lehre und der Rechtsprechung des Reichsgerichts kann nämlich, wenn eine Sache dem Gemeinschuldner zu treuen Händen übergeben worden ist, und sie demzufolge nur formell in seinem Eigentum steht, wirtschaftlich nicht dazu gehört, im Konkurse des Treuhänders Aussonderung verlangt werden. (Vgl. Jäger KO., 7. Aufl. 1931 Anm. 39 und 40 zu § 43; Stein-Jonas, ZPO. zu § 771; RGE. 91, 14; 92, 342; 94, 307; 129, 9 u. a.)

Der regelwidrige und deshalb streng auszulegende Rechtssatz von der Aussonderungsfähigkeit des Treuguts eignet sich jedoch, wie die herrschende Lehre m. E. mit Recht annimmt, nicht zur entsprechenden Anwendung auf die Fälle der mittelbaren Stellvertretung. (Vgl. dazu Jäger KO. 1931, Anm. 39 und 40 zu § 43 KO.)

Die weitaus herrschende Lehre hat sich denn auch gegen eine entsprechende Anwendung des § 392 HGB. ausgesprochen.

(So z. B.: Staub-Könige, Komm. Anm. 3 zu § 392,
Enneccerus, Lehrb. des Bürgerl. Rechts I, S. 418,
RGZ., Bd. 58, S. 277,
Sächs. OLG., Bd. 26, S. 610.

Die Tatsache der Pfändbarkeit des Anspruchs auf Ersatz des Drittinteresses in der Hand des Gläubigers berechtigt uns u. E. schon allein, die oben aufgeworfene Frage dahin zu beantworten, dass der Gläubiger im Normalfall wenigstens einen Anspruch auf Zahlung lediglich an den Dritten geltend machen darf.

Es lassen sich zwar, wie von Tuhrs umfassende Untersuchung zeigt, auch noch andere Gesichtspunkte zur Unterstützung dieser Ansicht heranziehen; nicht beweiskräftig dagegen ist m. E. der Versuch von Tuhrs, eine gesetzliche Begründung seiner Auffassung in der Bestimmung des § 991 Abs. 2 BGB. zu finden.

Das Bedenken gegen die Brauchbarkeit dieser Bestimmung besteht m. E. darin, dass von Tuhr bei der Auslegung des § 991 II irrigerweise von der Voraussetzung ausgeht, dort sei ein Recht des Oberbesitzers zur Liquidierung des Eigentümerinteresses statuiert. Wir werden zu dieser Frage unten nochmals eingehender Stellung nehmen müssen.

Weiter hat von Tuhr für seine Ansicht auf den Geist des Gesetzes hingewiesen, der verlange, dass ein Schaden nach dem Grundsatz der Naturalrestitution in dem geschädigten Vermögen — in unserem Fall also in dem Vermögen des Dritten — ersetzt werden müsse. Diesem Grundsatz widerspreche es aber, wenn der liquidierte Schadensbetrag zunächst durch das Vermögen des Gläubigers hindurchgeleitet würde. Ausserdem sei es ein überflüssiger Umweg. „Warum soll man dem Kontrahenten einen Schadensanspruch zubilligen für einen fremden Schaden im Widerspruch zur ratio des Gesetzes, um ihn dann doch zur Herausgabe des erhaltenen Ersatzes an den Dritten zu verpflichten?" (Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 47, S. 94.)

So selbstverständlich, wie von Tuhr die Zahlung an den Dritten schildert, ist sie nun doch nicht. Sie ergibt sich vielmehr in erster Linie, wie oben dargelegt, aus der Zweckmässigkeitserwägung, dass eine Zahlung an den Gläubiger den eigentlichen Sinn der Liquidation unter Umständen vereiteln könnte. Denn handelte es sich nicht gerade um die Frage, wie der Dritte entschädigt wird, so könnte es andererseits doch recht bedenklich erscheinen, ob die Zahlung lediglich an den Dritten nicht vielleicht berechtigte Interessen des Vertragsgläubigers gefährden würde.

Auf diese Erwägung stützt z. B. Regelsberger a. a. O. S. 280 seine Auffassung, dass auch in den Fällen unseres Problems der

Schuldner nur an den Gläubiger und nicht an den Dritten unmittelbar zahlen dürfe. Denn andernfalls sei der Gläubiger ohne ersichtlichen Grund dadurch beschwert, dass er mit einer Gegenforderung gegen den Schuldner wegen Ungleichartigkeit der Forderungen nicht aufrechnen könne. Das Bedenken Regelsbergers schlägt jedoch m. E. nicht durch. Richtig ist zwar, dass eine Forderung auf Leistung an sich und eine solche auf Leistung an einen anderen im Sinne des § 387 BGB. ungleichartige sind. (Vgl. auch von Tuhr a. a. O. S. 572.) Die Zahlung des Schuldners an den Dritten ist deshalb tatsächlich mit einer die Aufrechnungsmöglichkeit des Gläubigers vereitelnden Wirkung verbunden. Es kann darin jedoch eine unbillige Beschwerung des Gläubigers nicht gefunden werden. Mit Recht weist Kunze a. a. O. darauf hin, dass dann, wenn der Schuldner pflichtgemäss gehandelt hätte, dem Gläubiger auch keine Ersatzforderung zustände, mit der er aufrechnen könnte. „Warum sollte er dann, wenn der Schuldner pflichtwidrig handelt und ihm eine Ersatzforderung aus fremdem Interesse zusteht, aufrechnen dürfen?"

Abschliessend zu dieser Frage ist zu sagen, dass nach der wohl herrschenden und richtigen Meinung in dem Normalfall der Liquidation aus fremdem Interesse die Zahlung des Schuldners an den Dritten unmittelbar die richtige Lösung darstellt.

c) 2. Eine weitere Frage bedarf noch kurzer Erörterung. Es handelt sich um das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner hinsichtlich der Einwendungen des Schuldners. Grundsätzlich kann, wie in der Wissenschaft überwiegend anerkannt ist, eine Einrede nur aus eigenem Recht des Einredenden geltend gemacht werden; eine Einrede ex jure tertii ist unserem Recht fremd.

> Vgl. Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten in der Hallenser Festgabe für Dernburg 1900; Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, Berlin 1904; Last, Anspruchskonkurrenz 1908.

Die Frage, ob und welche Ausnahmen von diesem Prinzip zuzulassen seien, ist im Schrifttum bestritten und bedarf an dieser Stelle keiner Erörterung. Regelmässig wird vielmehr auch im Falle der Liquidation aus fremdem Interesse der Schuldner dem Gläubiger nur solche Einwendungen entgegenhalten können, die ihren Grund in seinem Rechtsverhältnis zum Gläubiger, nicht aber solche, die ihren Grund in einem zwischen dem Schuldner und dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnis finden.

> So Kunze a. a. O. unter Berufung auf Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis und Regelsberger a. a. O. für den Fall der Aufrechnung.

d) 1. Eine gewisse Gefahr in der praktischen Anwendung des Gedankens von der Liquidation aus fremdem Interesse liegt darin begründet, dass er wegen seiner Zweckbestimmung, den Drittgeschädigten vor Schaden zu bewahren, leicht zu einer einseitigen Ueberspannung in der Richtung zu führen droht, dass eine unbillige Erschwerung der Rechtsstellung der übrigen Beteiligten, des Vertragsschuldners oder des Vertragsgläubigers die Folge ist.

Bei dem letzteren ist die Gefahr allerdings nicht so gross, wie sie zunächst erscheinen mag. Denn dem Gläubiger gegenüber stellt sich die nachträgliche Erweiterung seiner Vertragspflichten dahin, dass er von seiner Stellung als formell aktiv Legitimierter Gebrauch mache, als eine unbillige Zumutung nicht dar. Andernfalls nämlich würde eine weit schwerere und unbilligere Belastung des Dritten eintreten. Die Folge wäre nämlich die, dass der Dritte den von dem Schuldner verursachten Schaden nicht ersetzt bekäme. Den Vorteil davon hätte nicht einmal der Gläubiger, sondern allein der Schuldner.

Zu erwägen dagegen aber ist, ob die Auferlegung einer Verpflichtung an den Schuldner, für jeden durch seine Vertragsverletzung in dem Vermögen des Dritten entstandenen Schaden aufzukommen, nicht eine innerlich unberechtigte Beschwerung des Vertragsschuldners darstellen würde. Dass eine derartig weitgehende Ersatzpflicht des Schuldners bestehen sollte, wird wohl auch von keinem der sich mit unserer Frage beschäftigenden Autoren angenommen. Unterschiede finden sich allerdings in der Art und dem Umfang der Abgrenzung der Ersatzpflicht für fremden Schaden.

Als Kriterium für das Vorliegen der Ersatzpflicht des Schuldners ist in der Wissenschaft meist das Erfordernis der Erkennbarkeit des fremden Interesses für den Schuldner aufgestellt.

Vgl. z. B.: Hellwig, Verträge, S. 84 ff.,
Kipp, Pandekten 1906, Bd. II, S. 70, Z. 5,
Müller-Erzbach, Die unmittelbare Stellvertretung, S. 23 f.,
Rabel, Unmöglichkeit der Leistung a. a. O., S. 188,
OLG. Hamburg: Hans. Ger. Ztg., Beibl. 1907, S. 112, u. A.

Hellwig zieht zur Begründung seiner derart einschränkenden Auffassung den § 157 BGB. heran. Eine Liquidation fremden Schadens ist nach Hellwig nur dann haltbar, wenn sie sich nach den konkreten Umständen oder der Verkehrssitte von selbst versteht, d. h., wenn dem Schuldner ohne Weiteres erkennbar ist, dass der Vertrag in fremdem Interesse abgeschlossen wird. „Dann mag er sich

besinnen, ob er das Risiko übernehmen will, das er mit Rücksicht auf den Umstand läuft, dass ihm unbekannte Verhältnisse des ihm gar nicht genannten Dritten bei seiner Schadensrechnung in Betracht kommen. Lässt er sich aber auf das Geschäft ein, so würde es Treu und Glauben widersprechen (§ 157 BGB.), wenn er sich auf den Umstand, dass sein Kontrahent nicht der Interessent und der Interessent nicht der Kontrahent sei, stützen würde."

Hellwigs Berufung auf § 157 BGB. erscheint deshalb bedenklich, weil die Vertragsauslegung in den seltensten Fällen eine rechtliche Begründung der Tatsache darstellen wird, dass der Vertragsgläubiger fremden Schaden einzuklagen berechtigt ist. Es mag sich aus dem Inhalt eines Vertrages die Liquidation fremden Schadens durch den Gläubiger als sehr wünschenswert und billig erweisen. Eine Erklärung dafür aber, dass dies eine Durchbrechung des nun einmal unserem Recht zu Grunde liegenden Prinzips, dass als Anspruchsberechtigter nur der Vertragspartner in Frage kommt, rechtfertigen sollte, ergibt sich aus dem Vertragsinhalt nicht.

Vgl. auch Regelsberger a. a. O., S. 269.

d) 2. Es ist in der Wissenschaft gelegentlich auch die Frage aufgeworfen worden, ob gegen ein übermässig hohes Anschwellen der Haftung des Schuldners für fremden Schaden bereits eine ausdehnende Auslegung der Bestimmung des § 254 BGB. Schutz bieten könne.

So z. B.: Crome, Part. Rechtsgeschäfte, S. 308,
Kunze a. a. O.,
Oberscheid a. a. O.

Obwohl der Wortlaut des Gesetzes, das ein mitwirkendes Verschulden des geschädigten Gläubigers verlangt, entgegensteht, erscheint uns eine sinngemässe Anwendung des dieser Vorschrift zu Grunde liegenden Rechtsgedankens auch auf unsere Fälle eher begründet und vertretbar, als das Erfordernis der Erkennbarkeit des Drittinteresses. Das mitwirkende Verschulden des materiell allerdings nicht geschädigten Gläubigers dürfte hier darin zu erblicken sein, dass der Gläubiger den Schuldner nicht auf die Gefahr eines aussergewöhnlich hohen Schadens in der Person des Dritten aufmerksam gemacht hat. Abgesehen davon könnte auch, wie Kunze a. a. O. richtig erkennt, ein Verschulden des geschädigten Dritten selbst zu berücksichtigen sein, etwa dann, wenn er seinen Gläubiger, mit dem allein er ja in Vertragsbeziehungen steht, nicht auf die Gefahr eines aussergewöhnlich grossen Schadens hingewiesen hat, die diesem nicht erkennbar war.

e) Die Brauchbarkeit des § 991 II BGB. zur Begründung des Gedankens von der Ersatzpflicht für fremden Schaden.

Es ist bereits in der Problemabgrenzung darauf aufmerksam gemacht worden, dass die von der herrschenden Lehre zur Entschädigung des Dritten eingeschlagenen Wege in bestimmten Fällen einen durchgreifenden Schutz der Interessen des Dritten nicht gewährleisten. In der Literatur hat insbesondere von Tuhr (Grünh. Zeitschrift, Bd. 25, S. 574 ff.) die Gefahren aufgedeckt, die in der Beschränkung der Liquidationsbefugnis lediglich auf die Klage des Gläubigers bezw. des Dritten mittels des ihm abgetretenen Anspruchs des Gläubigers, für das Drittinteresse verborgen liegen können.

So hat von Tuhr beispielsweise auf die völlige Schutzlosigkeit des Dritten in denjenigen Fällen hingewiesen, in denen der Gläubiger etwa abwesend oder unbekannt ist oder die Abtretung an den Dritten verweigert, und der Anspruch gegen den Schuldner verjährt, bevor der Dritte ein den Gläubiger zur Abtretung verurteilendes Erkenntnis erwirbt. (a. a. O., S. 574.)

Um den Dritten vor diesen Gefahren zu schützen, billigt ihm von Tuhr „im Interesse der gerechten Ausgestaltung unseres Rechts" eine actio utilis zu und stellt folgenden Satz auf:

> „Wenn die Vertragsklage auf Ersatz des Schadens eines Dritten geht, so kann sie auch von dem Dritten ohne Zession geltend gemacht werden."
> (a. a. O., S. 583 ff.)

Für den Dritten soll danach im gleichen Augenblick, in dem der Gläubiger die Ersatzforderung erwirbt, das Recht entstehen, diese Forderung auch ohne Zession geltend zu machen. Es soll kein Uebergang der Forderung stattfinden, sondern beide Forderungen sollen nebeneinander bestehen. Ihr Verhältnis käme der aktiven Solidarität nahe. (a. a. O., S. 581.) Dies soll ebenso für den Anspruch des Gläubigers auf Ersatz des Drittinteresses wie für den Anspruch des Haftungsinteressenten gelten, — von Tuhr stellt beides, wenn auch zu Unrecht, gleich. Von Tuhr stützt seinen vom Anspruch des Gläubigers abgeleiteten Anspruch des Dritten insbesondere auf die Vorschrift des § 991 II. BGB., in dem eine Haftung des Unterbesitzers gegenüber dem Oberbesitzer für das Eigentümerinteresse vorausgesetzt sei. Diesen in § 991 II ausgesprochenen Rechtsgedanken will von Tuhr auch für die übrigen Fälle unseres Problems analog angewandt sehen.

Die späteren zum Teil sehr eingehenden Untersuchungen anderer Schriftsteller zu § 991 II. BGB. haben dazu geführt, dass

heute die durchaus herrschende Lehre mit Recht diese Beweisführung von Tuhrs als nicht zutreffend erkannt hat. Im krassen Gegensatz zu ihr steht nicht nur die Vorschrift des § 392 I HGB., wonach der Kommittent erst nach der Abtretung die Forderungen des Kommissionärs geltend machen kann, sondern es zeigt auch eine nähere Betrachtung dieser Bestimmung selbst, dass der von von Tuhr in sie hineingelegte Grundgedanke entweder in Wahrheit doch nicht besteht oder sich zu einer Verallgemeinerung auf alle Fälle unseres Problems nicht eignet. Unrichtig ist u. E. von Tuhrs Theorie zu § 991 II BGB. jedoch nicht im wesentlichen Endergebnis, sondern nur im Aufbau seiner Konstruktion. Seiner Auffassung nach verwirklicht § 991 Abs. 2 BGB. den Gedanken der Liquidation aus fremdem Interesse in zweifacher Form. Von Tuhr sieht nämlich in dieser Bestimmung die gesetzliche Grundlage nicht nur hinsichtlich

a) des Anspruchs des Vertragsgläubigers auf Ersatz des Drittinteresses, sondern auch hinsichtlich

b) des ohne Zession von dem Vertragsanspruch des Gläubigers abgeleiteten unmittelbaren Anspruchs des Dritten

gegeben. Das ergibt sich nach von Tuhr aus den Worten, der Eigentümer sei insoweit zum Schadensersatz berechtigt, „als der unmittelbare Besitzer gegenüber dem mittelbaren Besitzer verantwortlich sei".

Wir werden jedoch im folgenden feststellen, dass der Gedanke der Liquidation lediglich in der von von Tuhr oben unter b) bezeichneten Form eines unmittelbaren Anspruchs des Dritten gegen den Schuldner in § 991 II BGB. zum Ausdruck kommt.

Richtig ist, dass § 991 II die Schadensersatzpflicht des gutgläubigen unmittelbaren Besitzers nur an die Voraussetzung knüpft, dass die Verschlechterung aus einem von dem Unterbesitzer dem Oberbesitzer gegenüber zu vertretenden Umstand entstanden ist. Die für uns entscheidende Frage ist die, ob das dem Oberbesitzer gegenüber zu vertretende Ereignis diesem auch einen Schaden verursacht haben muss oder nicht.

Zweifelhaft kann zunächst sein, was unter diesem „Verantwortlichsein" des unmittelbaren gegenüber dem mittelbaren Besitzer nach dem Willen des Gesetzgebers verstanden werden muss. Die hier vertretene Ansicht, dass § 991 II einen Schadensersatzanspruch des Eigentümers bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale gewähre, ohne Rücksicht darauf, ob im einzelnen Fall den mittelbaren Besitzer ein eigener Schaden trifft oder nicht, setzt voraus, dass man „Verantwortlichsein" im Sinne dieser Bestimmung nicht ohne weiteres gleichsetzen darf mit „schadensersatzpflichtig sein".

Folgende Erwägung wird das Gesagte deutlich machen. Es kommt darauf an, in welchem Verhältnis der in § 989 BGB. be-

zeichnete Schaden, der nach § 991 II BGB. dem Eigentümer zu ersetzen ist, zu der letztgenannten Vorschrift überhaupt steht. Insbesondere fragt es sich, ob bei sinngemässer Auslegung das in § 989 genannte Verschulden des Besitzers gegenüber dem Eigentümer mit in den § 991 II aufzunehmen ist oder nicht, oder ob sich aus der eigentümlichen Konstruktion des § 991 II, bei der nicht zwei, sondern drei Beteiligte in Erscheinung treten, dieses Verschulden lediglich gegenüber dem mittelbaren Besitzer zum Ausdruck gekommen sein muss. Die Frage ist bestritten. Es entspricht jedoch u. E. eher dem Sinn des § 991 II, wenn man bei seiner Auslegung unter dem in § 989 bezeichneten Schaden lediglich dessen objektives — den tatsächlich verursachten Schaden —, nicht aber das subjektive Moment eines besonders gegenüber dem Eigentümer zum Ausdruck gekommenen Verschuldens ins Auge fasst.

Eine entgegengesetzte Auslegung, nach der also ein Verschulden des unmittelbaren Besitzers gegenüber dem Eigentümer vorausgesetzt wird, würde auf eine seinem Zwecke nicht entsprechende Einschränkung der Anwendbarkeit des § 991 II BGB. hinauslaufen. (Vgl. auch Kunze a. a. O.)

Der unmittelbare Besitzer wäre demnach nämlich nur dann verpflichtet, den Schaden des Eigentümers zu ersetzen, wenn und soweit er a) einmal dem mittelbaren Besitzer gegenüber verantwortlich ist, d. h., wenn der von ihm verursachte Schaden auf einem von ihm dem Oberbesitzer gegenüber zu vertretenden Umstand beruht, und b) wenn zweitens in seinem Verhalten ein Verschulden gegenüber dem Eigentümer zum Ausdruck gekommen ist.

Eine derartig auffällige Durchbrechung des unserem BGB. zu Grunde liegenden Prinzips, dass der Schuldner schlechthin für schuldhaftes Verhalten zu haften habe, in der Art, dass § 991 II BGB. das Vorliegen eines Verschuldensmomentes gegenüber dem mittelbaren Besitzer nicht für ausreichend ansieht, sondern dazu noch ein Verschulden gegenüber dem Eigentümer erfordere, hätte im Wortlaut des Gesetzes doch in einer nicht misszuverstehenden Form zum Ausdruck kommen müssen.

„Verantwortlich" im Sinne des § 991 II BGB. kann hier vielmehr nur soviel bedeuten: „Das schadensverursachende Ereignis ist vom Unterbesitzer dem Oberbesitzer gegenüber zu vertreten, „d. h. es beruht auf einem dem Oberbesitzer gegenüber schuldhaften Verhalten des Unterbesitzers oder auf einem Verhalten, das nach § 278 BGB. einem schuldhaften Verhalten des Unterbesitzers gleichgestellt ist. (Vgl. auch Kunze a. a. O.)

Einen weiteren indirekten Beweis für die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung, dass § 991 II BGB., einen Schadensersatz-

anspruch des Eigentümers statuiere ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines eigenen Schadens des mittelbaren Besitzers ergibt sich aus folgender das Verhältnis der §§ 987 BGB. ff. zu §§ 823 BGB. ff. in Betracht ziehenden Erwägung:

Die Rechtsstellung des Eigentümers ist eine verschiedene, je nachdem ihm ein rechtmässiger oder ein unrechtmässiger Besitzer gegenübersteht. Rechtmässig ist der Besitzer dann, wenn er gegenüber dem Eigentümer ein Recht zum Besitz hat, unrechtmässig dann, wenn ihm ein solches Recht nicht zur Seite steht.

Zu beachten ist nun, dass sich Rechtsansprüche des Eigentümers gegen den rechtmässigen Besitzer — abgesehen von der rei vindicatio — wegen Verletzung seines Eigentums durch Verschlechterung oder Untergang der Sache herleiten lassen, lediglich auf Grund der Vorschriften über unerlaubte Handlungen nach §§ 823 ff. BGB.

Anders aber verhält es sich aber hinsichtlich des unrechtmässigen Besitzers. Für ihn ist die Haftung aus unerlaubter Handlung nach § 823 BGB. ausgeschlossen durch die Bestimmung der §§ 987 BGB. ff. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz enthält nur der hier nicht näher interessierende § 992 BGB. für den Fall, dass der Besitzer den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder eine strafbare Handlung erlangt hat. Ein solcher Besitzer soll auch nach §§ 823 BGB. ff. haften.

Die Rechtsstellung des unrechtmässigen Besitzers ist nun wieder verschieden, je nachdem er beim Erwerb gutgläubig oder schlechtgläubig war oder ob er später erfahren hat, dass er zum Besitz nicht berechtigt ist. Wann der Besitzer gutgläubig ist, ergibt sich aus § 990 I BGB., nämlich dann, wenn er bei dem Erwerb des Besitzes nicht weiss, — ohne dass ihn grobe Fahrlässigkeit trifft — dass er dem Eigentümer gegenüber nicht zum Besitz berechtigt ist.

Vgl. ebenso: Endemann, Sachenrecht, S. 592,
Biermann, Kommentar, Bem. 1 zu § 991,
Siber, Rechtszwang, S. 119,

a. A.: Eck, Vorträge, Bd. II, S. 173,
Hellwig, Bd. I, S. 265, nach dem ein Besitzer, der eine Sache vom Nichteigentümer mietet, schlechtgläubig ist, wenn er bei der Besitzerlangung wusste oder grobfahrlässigerweise nicht wusste, dass der Vermieter nicht der Eigentümer war (§ 932 BGB.) oder wenn er nachträglich letzteres erfahren hat (§ 990 BGB.).

War der Besitzer schlechtgläubig, so haftet er dem Eigentümer bereits von der Zeit des Erwerbes an nach den §§ 987 und 988 BGB., d. h. er ist dem Eigentümer nicht nur nach § 989 BGB. von dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit an zum Schadensersatz für Verschlechterungen der Sache verpflichtet, sondern er hat ihm auch nach § 987 BGB. die Nutzungen der Sache herauszugeben und ist ihm für schuldhaftes Unterlassen der Nutzungsziehung, wie sie bei einer ordnungsmässigen Wirtschaft sein könnte, schadensersatzpflichtig. Bei unentgeltlichem Besitzerwerb ist er sogar — zur Herausgabe der v o r Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung verpflichtet.

Anders der g u t g l ä u b i g e unrechtmässige Besitzer! Ihm hat der Gesetzgeber in § 991 II BGB. ein besonderes Privileg geschaffen, in der Art, dass er hinsichtlich der Nutzungen und sonstigen den schlechtgläubigen Besitzer treffenden Lasten, wie sie oben genannt sind, befreit ist. Ihn trifft gegenüber dem Eigentümer lediglich die Schadensersatzpflicht aus § 989 BGB. für eine von ihm verschuldete Verschlechterung der Sache.

Aus den geschilderten Erwägungen lassen sich nun mit Rücksicht auf unsere Frage, wieweit die Bestimmung des § 991 II BGB. zur Begründung einer Ersatzpflicht für fremden Schaden allgemein herangezogen werden kann, wichtige Schlussfolgerungen ziehen.

Fest steht, dass der rechtmässige Besitzer nicht nach den §§ 987 ff. BGB., sondern nur nach den §§ 823 ff. BGB. haftet, also ganz ohne Rücksicht darauf, ob den mittelbaren Besitzer auch ein Vermögensnachteil trifft oder nicht. Fest steht weiter, dass das Haftungsprivileg des § 991 II BGB. eine Besserstellung des gutgläubigen gegenüber dem schlechtgläubigen unrechtmässigen Besitzer bezwecken will. Gegenüber dem rechtmässigen Besitzer dagegen tritt eine Besserstellung nur hinsichtlich des späteren Zeitpunktes der Schadensersatzpflicht in Erscheinung.

Mit diesen Tatsachen wäre es nicht vereinbar, wenn der unrechtmässige Besitzer, der nur nach § 991 II BGB. haftet, von einer Ersatzpflicht gegenüber dem Eigentümer frei würde, weil der mittelbare Besitzer einen eigenen Schaden nicht erleidet.

Irgendeine Veranlassung, den unrechtmässigen Besitzer gegenüber dem rechtmässigen Besitzer derart stark zu begünstigen, liegt bestimmt nicht vor und widerspräche sogar dem offensichtlichen Zweck, den der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 991 II BGB. im Auge hatte.

Dies mag genügen, um darzutun, dass in § 991 II tatsächlich der Gedanke der Liquidation aus fremdem Interesse für den Sonder-

fall des Rechtsverhältnisses des Eigentümers zum unmittelbaren Besitzer durch Anerkennung einer direkten Klagebefugnis des Dritten (Eigentümers) gesetzlich angeordnet ist.

So auch im Ergebnis: von Tuhr a. a. O. und
Endemann a. a. O.
u. a.;

anderer Ansicht: Biermann, Komm. Bem. 2 zu § 991 II,
Crome a. a. O.,
A. H. Fischer a. a. O.

Zum Abschluss der Betrachtung des § 991 II BGB. ist nun noch die Frage zu prüfen, inwieweit der dieser Bestimmung zu Grunde liegende Gedanke sich für das Problem der Schadensliquidation aus fremdem Interesse allgemein verwerten lässt.

Zunächst muss jedoch auf ein sich aus dem Wortlaut der Vorschrift selbst ergebendes Bedenken aufmerksam gemacht werden. (Vgl. dazu insbes. Kunze a. a. O.)

Es müsste nämlich bei der von uns vertretenen Auslegung, dass „Verantwortlichsein" gleich „das schadensverursachende Ereignis den mittelbaren Besitzer zu vertreten haben" zu setzen ist, der § 991 II BGB. auch dann gelten, wenn der unmittelbare Besitzer dem Oberbesitzer gegenüber für Zufall einzustehen hat.

Bei einer verallgemeinernden Anwendung des Grundgedankens dieser Bestimmung wäre danach auch eine gesetzlich begründete Lösung für die Fälle der Gastwirtshaftung und ähnlich liegender Fälle vertraglicher Zufallshaftung gefunden.

Diese Auslegung würde aber zu dem Ergebnis führen, dass der gutgläubige Unterbesitzer des § 991 II BGB. schlechter gestellt würde als der bösgläubige Unterbesitzer, würde also dem Sinn der den gutgläubigen Unterbesitzer privilegierenden Bestimmung des § 991 BGB. widersprechen. Um das zu vermeiden, wird in der Wissenschaft verschiedentlich der Fall, dass der Unterbesitzer dem Oberbesitzer auch für Zufall einzutreten hat, von den von dem Schuldner zu vertretenden Umständen ausgenommen. Der Unterbesitzer des § 991 haftet daher nach dieser Auffassung dem Eigentümer nicht, wenn er dem Oberbesitzer für Zufall verantwortlich ist.

So z. B.: Biermann, Komm. Bem. 2 zu § 991 II BGB.
Planck, Komm. Bem. 3 zu § 991 II BGB.,
Staudinger-Kober, Bem. 2 zu § 991 II BGB.
Kunze a. a. O.

Von der genannten Ausnahme wird die Verwertbarkeit des § 991 II BGB. für unsere Frage insofern beeinflusst, als eine verall-

gemeinernde direkte Anwendung seines Grundgedankens jedenfalls nur diejenigen Fälle unseres Problems treffen würde, in denen der Schaden des Dritten auf ein schuldhaftes Verhalten des Vertragsschuldners dem Gläubiger gegenüber zurückzuführen ist. Immerhin liesse sich die auf dem Verschuldensprinzip beruhende Tendenz des § 991 II BGB. u. E. auch ohne Zwang auf die Fälle unseres Problems entsprechend übertragen, bei denen das schadensverursachende Ereignis ein zufälliges ist, für das der Schuldner aufzukommen hat.

Das m. E. entscheidende Bedenken gegen die Brauchbarkeit des § 991 II BGB. besteht darin, dass die ihm zu Grunde liegende Tendenz, die lediglich für den Spezialfall des Rechtsverhältnisses zwischen Eigentümer und Besitzer gesetzlich zum Ausdruck kommt, sich letzten Endes doch nicht ohne Weiteres allgemein auf das in allen Gebieten des Schuldrechts auftauchende Problem der Entschädigung des aus Vertragsbruch geschädigten Dritten übertragen lässt.

IV. Ergebnisse und Versuch einer mit den Grundprinzipien unseres Rechts im Einklang stehenden Lösung.

Zusammenfassend können wir als Ergebnis unserer bisherigen Ausführungen feststellen:

Es sind zwar in verschiedenen Bestimmungen des positiven Rechts Gedanken zum Ausdruck gekommen, die für die von ihnen betroffenen Spezialfälle eine dem Gedanken der Liquidation aus fremdem Interesse gleichlaufende Tendenz aufweisen, so insbesondere die Vorschriften des § 991 II BGB. und des § 435 HGB. Der § 281 BGB. dagegen kann nur rein äusserlich betrachtet zum Vergleich herangezogen werden, für die Begründung der Ersatzpflicht aus fremdem Interesse aber lässt sich aus dieser Bestimmung nichts entnehmen.

Wertvoll sind diese Bestimmungen insofern, als sie den Beweis liefern, dass das Prinzip der Relativität der Forderungsrechte in unserem BGB. nicht ausnahmslos gilt. Damit steht fest, dass der Gedanke der Liquidation fremden Schadens nicht schlechthin in unlösbarem Widerspruch zu den Grundprinzipien des Gesetzes steht, sofern sich weitere Durchbrechungen des Satzes von der Relativität der Forderungsrechte nachweisen lassen.

Eine allgemeine unser Problem voll ausschöpfende Begründung hat sich jedoch trotz mühevollster Untersuchungen weder aus den zitierten Spezialbestimmungen, noch mittels komplizierter Konstruktionsversuche finden lassen. Wahr geblieben ist bis heute der Satz Krückmanns, mit dem er seine umfangreiche Abhandlung über die Liquidation aus fremdem Schaden in Jehr. Jahrb. 1910 B. 56 eröffnete:

> „Eine zwingende konstruktive Rechtfertigung dergestalt, dass die Liquidation aus der Person des Dritten sich als konstruktiver Begriffszwang rechtfertigen liesse, wird nie gefunden werden, und uns darum zu bemühen, ist aussichtslos".

Wie aber ist damit die nicht zu leugnende Tatsache zu vereinbaren, dass die Rechtsprechung unseres höchsten Gerichts in freier Rechtsbildung Rechtssätze entwickelt hat, die ihrem Wesen nach erkennen lassen, dass sie nicht nur für bestimmte Spezialfälle Gel-

tung haben können, sondern allgemein auf allen Gebieten des Schuldrechts, wo es sich darum handelt, fremde in einen Vertrag hineinreichende Interessen zu schützen.

Dürfen wir uns über diese auffallende Tatsache einfach hinwegsetzen in dem beruhigenden Bewusstsein, dass die Gerechtigkeit des Ergebnisses uns von der Notwendigkeit einer rechtlichen Begründung entbinde, etwa derart, wie es teilweise Vertreter der sogen. „Interessenjurisprudenz" für ausreichend halten. Charakteristisch für diese Einstellung ist es beispielsweise, wenn Müller-Erzbach in seinem Aufsatz „Reichsgericht und Interessenjurisprudenz" (in „Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben" Bd. II Berlin-Leipzig 1929) mit Rücksicht auf die Liquidation aus fremdem Interesse, nachdem er zunächst seiner Genugtuung über die vom Reichsgericht dazu entwickelten Sätze Ausdruck gegeben hat, schreibt:

> „Zu rechtfertigen vermag freilich das geltende Recht diese ihm gegen sein System abgerungene Rechtsbildung nicht. Hält es doch grundsätzlich, wenn es auch hat Ausnahmen zulassen müssen, daran fest, dass aus einem Vertrage nur die am Vertragsschluss Beteiligten Rechte gewinnen und verpflichtet werden können. Infolgedessen erscheint jene Rechtsprechung, die fremde Interessen vertraglichen Ansprüchen zu Grunde legt und ihr Ergebnis als ein Fremdkörper in unserem Rechtssystem, oder richtiger: damit ist ein Anfang zur Umbildung eines zu formal logisch entwickelten Rechtes gemacht".

Dass diese Art der wissenschaftlichen Stellungnahme zu den von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsgedanken nicht die richtige sein kann, liegt auf der Hand. Will die Wissenschaft ihren Aufgaben gerecht werden, so muss sie versuchen, die aus den praktischen Lebensbedürfnissen geborenen Sätze der Praxis irgendwie in das System des Gesetzes einzuordnen und dieses den neuen Gedanken anzupassen.

> (Vgl. ‚Kollisionsnormen im Schuldrecht" S. 30 und ff., dessen Gedankengang wir im folgenden zum Teil auch für unser Problem verwerten können).

Dass dies aber nicht immer mit den Mitteln der konstruktiven Dogmatik möglich ist, hat sich, wie bereits gezeigt wurde, gerade für die Frage des aus Vertragsbruch Drittgeschädigten herausgestellt. Diese Tatsache berechtigt uns aber ebensowenig, den Gedanken an sich ohne weiteres als gegen das Gesetz verstossend abzulehnen, als ihn trotz eines solchen Verstosses nur aus gefühlsmässigen Billigkeitserwägungen anzuerkennen.

Zu einer befriedigenden Lösung des Konflikts gelangen wir nur, wenn wir uns die tieferen Ursachen für die Entstehung des anscheinend mit den Grundprinzipien unseres Rechts in unüberwindlichem Widerspruch befindlichen Gedankens der Liquidation fremden Schadens vor Augen halten.

Die Zeit nach Schaffung unseres Schuldrechts stellt eine Etappe ausserordentlichen wirtschaftlichen Fortschritts dar. Als Folge davon ist eine eigenartige Erscheinung in dem Verhältnis des Einzelnen zu anderen Personen und der Gesamtheit zu beobachten. Die Stellung des Einzelnen veränderte sich nämlich notwendigerweise in der Richtung eines stets fortschreitenden Abhängigwerdens von seiner Umgebung. Er wurde immer mehr nur zu einem Rädchen in dem gewaltigen Wirtschaftsgetriebe, das allen Arbeits- und Lebensmöglichkeit gewährte, sie aber andererseits in eine alle Lebensgebiete betreffende Abhängigkeit von sich brachte. Hand in Hand damit vollzog sich eine stets wachsende Verknüpfung der Interessen der Einzelnen untereinander, deren rechtlicher Niederschlag auch in den Rechtsgeschäften des täglichen Lebens vielfach in Erscheinung tritt. Es musste folgeweise diese völlige Umgestaltung sämtlicher Lebensverhältnisse notwendig auch zu Konflikten mit dem geltenden Recht führen, da der Gesetzgeber die wirtschaftliche Entwicklung in ihrem vollen Umfang nicht vorhersehen und berücksichtigen konnte.

Vgl. dazu Klausing „Der Krediteröffnungsvertrag" im Sonderheft 6 der Zeitschrift für internationales und ausländisches Privatrecht 1932).

Während zur Zeit der Schaffung unseres Schuldrechts der Einzelne in seinen Rechtsbeziehungen zu anderen Personen noch fast ausschliesslich isoliert betrachtet werden konnte und es rechtspolitisch auch zweckmässig erschien, ihn bei der Normierung des Gesetzes isoliert zu behandeln, hat sich im Lauf der letzten dreissig Jahre die Zahl der Fälle, in denen eine enge Interessenverknüpfung der an einer Vertragsleistung interessierten Personen vorliegt, in ungeahnter Weise gesteigert.

Die Folge war, dass die den Schutz anderer, als der unmittelbar an dem Vertragsschluss beteiligten Personen bezweckenden Gesetzesbestimmungen nicht mehr ausreichten und andererseits die Rechtsprechung sich gezwungen sah, in freier Rechtsbildung diese Lücke in der Grundlage des überkommenen Schuldrechts auszufüllen.

Es lässt sich auf den verschiedensten Gebieten des Schuldrechts beobachten, wie sich die Rechtsprechung den durch die veränderte Wirtschaftslage bedingten neuen Bedürfnissen durch Entwicklung von Rechtssätzen anzugleichen bemüht hat. Mit Recht

weist de Boor in diesem Zusammenhang auf die zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts zur sog. culpa in contrahendo hin. Auch hier ist eine seit Beginn der Rechtsprechung des Reichsgerichts stets fortschreitende und die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluss erweiternde Tendenz deutlich festzustellen. Wurde unter dem BGB. eine Haftung für culpa in contrahendo zunächst überhaupt abgelehnt, so gelangte man schliesslich auf dem Wege einer vorübergehenden Teilanerkennung auf Grund gültigen Vertrags zu einer verhältnismässig weitgehenden Bejahung ohne Rücksicht auf Gültigkeit oder Ungültigkeit des Vertrages.

Auf die gleichen Ursachen lassen sich beispielsweise nach de Boor die sogen. „Verteilungsentscheidungen" des Reichsgerichts zurückführen, die eine Durchbrechung des Grundsatzes von der Prävention der Gläubiger darstellen. (Zuckerrübenfall RGE. Bd. 84, S. 125).

Von diesem Gesichtspunkt aus beleuchtet erscheint auch das Problem der Schadensliquidation aus fremdem Interesse bei näherer Betrachtung nicht als eine Einzelerscheinung in unserem Recht, sondern nur als die eine aus einer ganzen Reihe in dem wirtschaftlichen Fortschritt begründeter Fragen, als ein Ausschnitt aus einer allgemeineren Lücke in der Grundlage des Schuldrechts.

Gestützt und bestätigt wird diese Auffassung, die übrigens m. W. bisher allein von Oberscheid a. a. O. vertreten wurde, durch die Protokolle zur zweiten Lesung des BGB. Bd. I S. 289, wo zur Regelung der sogen. „mittelbaren Beschädigung" die Aufnahme folgender Sätze vorgeschlagen wurde:

I. Ist durch den die Ersatzpflicht begründenden Umstand einem Dritten ein Schaden entstanden, wegen dessen der Dritte von dem Ersatzberechtigten Abtretung des Ersatzanspruchs zu verlangen berechtigt ist, so erstreckt sich die Ersatzpflicht auf den dem Dritten entstandenen Schaden.

II. Hat jemand in eigenem Namen für Rechnung eines Dritten abgeschlossen, so ist im Fall der Nichterfüllung von dem Dritten der Schaden zu ersetzen, welchen derjenige erlitten hat, für dessen Rechnung der Vertrag geschlossen wurde, evtl. mit dem Zusatz:

Die Vorschrift des Abs. I findet entsprechende Anwendung, wenn durch eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung Gegenstände beschädigt sind, die der Geschädigte einem anderen herauszugeben hat.

Beide Anträge wurden abgelehnt. Die Begründung bestätigt unsere Ansicht. Man glaubte nämlich nicht, „dass ein Bedürfnis bestehe,

die in den Anträgen behandelten Fragen durch eine besondere Vorschrift zu entscheiden und zweifelte, ob sich eine solche Vorschrift in einwandfreier Form finden liesse. Es könne angenommen werden, dass auch ohne ausdrückliche Bestimmung die Rechtsprechung wie bisher zu dem richtigen Ergebnis kommen werde und es empfehle sich nicht, in einer so zweifelhaften, noch nicht zum festen Abschluss gekommenen Frage, der wissenschaftlichen Entwicklung vorzugreifen."

Wenn wir im folgenden den Versuch machen, Rechtssätze zur Ausfüllung der behaupteten Gesetzeslücke zu formulieren, die sich ohne inneren Widerspruch in den Rahmen der allgemeinen Lehren unseres Schuldenrechts eingliedern lassen, so bedarf es zunächst noch einer allgemeinen Feststellung der von der Lücke betroffenen Fälle. Ausgehen können wir dabei von der unbestrittenen Zweckbestimmung der zu suchenden Sätze:

> Der schuldhafte Vertragsbrecher soll den von ihm verursachten Schaden — bezw., wenn der Schuldner seinem Gläubiger für Zufall einzustehen hat, den durch Zufall entstandenen Schaden — tragen, gleichviel, ob eine Verminderung des Vermögens seines Gläubigers oder eines Dritten, dessen Interessen durch vertragliche Beziehungen mit denen des Gläubigers verbunden sind, eingetreten ist.

Es ist schwierig, entsprechend der Zweckbestimmung obiger Sätze eine allgemeingültige Abgrenzung des Umfanges der hier behandelten Lücke in der Grundlage des überkommenen Schuldrechts vorzunehmen. Am glücklichsten ist m. E. die Frage bisher gelöst worden in der bereits oben zitierten Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 93 S. 39 ff., in der der Gedanke der Liquidation aus fremdem Interesse anerkannt ist für alle Fälle,

> „in denen fremde Interessen in vertragliche Obhut gegeben sind, ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner das fremde Interesse kannte oder nicht, sofern er überhaupt nur mit dem Hineinspielen fremder Interessen rechnen musste."

Selbstverständliche Voraussetzung der Entwicklung von zur Ausfüllung der Gesetzeslücke geeigneten Rechtssätzen ist es, dass dabei auf den allgemeinen Grundprinzipien des Gesetzes aufzubauen ist, soweit sich das mit dem Zweck der gestellten Aufgabe nur irgendwie vereinbaren lässt. Entsprechen die zu entwickelnden Sätze aber dieser Anforderung, so können sie ihrem Wesen nach den Grundprinzipien unseres Rechts nicht zuwiderlaufen, sie können und sollen es vielmehr ergänzen.

Die nach ihrer Zweckbestimmung für unsere Fälle erforderliche Haftung vereinigt in sich in gleicher Weise vertragliche wie deliktische Haftungsmomente. Diese Feststellung ist nicht etwa eine zufällige, sondern sie ergibt sich mit Notwendigkeit aus der Regelung der vertraglichen wie der deliktischen Haftung in unserem Schuldrecht überhaupt. Es ist bereits darauf aufmerksam gemacht worden, dass unser Gesetz eine den Kreis der Schadensersatzberechtigten in bestimmter Weise einschränkende Tendenz aufweist.

Diese folgt bei der vertraglichen Haftung aus dem Grundsatz, dass als Schadensersatzberechtigter regelmässig nur der Vertragsgläubiger, nicht ein geschädigter Dritter in Frage kommt. In nicht minder scharfer Form ist der Kreis der aus einer unerlaubten Handlung Ersatzberechtigten auf die durch sie unmittelbar verletzten Personen eingeengt. Wir können uns mit der Andeutung des aufgezeigten Gedankengangs begnügen und auf die früheren Ausführungen in der Problemabgrenzung zu dieser Frage Bezug nehmen.

Ergänzend mag jedoch an dieser Stelle noch darauf hingewiesen werden, dass im Endergebnis die für das Gebiet der unerlaubten Handlung dargelegte Einschränkung der Haftbarkeit darauf hinausläuft, dass nach unserem Recht eine fahrlässige Vermögensbeschädigung als solche einen Ersatzanspruch nicht zur Folge hat. Der Umstand, dass in den meisten Fällen fahrlässiger Vermögensbeschädigung bereits die Tatbestände der §§ 823 ff. BGB. eingreifen, gewährt dem Geschädigten einen wesentlichen Schutz; andererseits aber soll auch der Verursacher des Vermögensschadens, wenn ihm nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, vor der Inanspruchnahme durch einen unbegrenzten Kreis von Ersatzberechtigten bewahrt bleiben.

Diese gesetzliche Regelung entspricht m. E. auch der Billigkeit, zumal für bestimmte Fälle das Gesetz das Prinzip der Unmittelbarkeit der Beschädigung nicht durchgeführt hat, wie z. B. in §§ 844, 845 BGB.

Deshalb rechfertigt m. E. die Tatsache, dass in gewissen Fällen, wie noch zu zeigen sein wird, das geschilderte Prinzip der Unmittelbarkeit ein Hindernis für eine gerechte Entscheidung zu sein scheint, noch nicht den Vorschlag, de lege ferenda allgemein eine Abänderung des Gesetzes im Sinne der Haftbarkeit für fahrlässigen Vermögensschaden einzuführen, wie sie etwa im französischen Recht niedergelegt ist. §§ 1382 und 1383 des Code civil lauten:

> „Jede Handlung eines Menschen, von welcher Art sie auch sei, die einem anderen Schaden verursacht, verbindet denjenigen, durch dessen Verschulden der Schaden entstanden ist, zum Ersatz." und
>
> „Jeder ist für den Schaden verantwortlich, den er

durch seine Handlung oder auch nur durch seine Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit verursacht hat."

Der Einführung eines derart allgemeinen Deliktsbegriffs, wie er dem französischen Recht eigentümlich ist, in unser Recht bedarf es m. E. schon deshalb nicht, weil im Normalfall die auf dem Gebiet sowohl der Vertrags- wie der Deliktshaftung durchgeführte Einschränkung des Kreises der zum Ersatz berechtigten Personen den Erfordernissen des Rechtslebens genügt. Denn ein ausreichender Schutz des Drittinteresses ist ja meist dadurch gewährleistet, dass der aus Vertragsbruch Drittgeschädigte entweder einen Deliktsanspruch gegen den Schadensverursacher hat oder aber wegen Vorhandenseins coinzidierender Interessen die Abwälzung des Schadens über den Gläubiger auf den Vertragsbrecher mittels des gesetzlichen Regressweges möglich ist.

Die Mängel der Einschränkung aber treten dann zu Tage, wenn der geschädigte Dritte zugleich unter die Kategorie des aus unerlaubter Handlung „mittelbar", wie auch des aus Vertragsbruch „mittelbar" Geschädigten fällt, mithin aus keinem der beiden Haftungsgründe einen Schadensersatzanspruch herzuleiten vermag.

Es sind dies aber gerade die uns hier interessierenden Fälle des Problems der Schadensliquidation aus fremdem Interesse.

An dieser Stelle tritt die Lücke des Gesetzes offensichtlich in Erscheinung und weist uns den Weg zu ihrer richtigen und zweckmässigen Ausfüllung.

Zu verwerten ist die oben gemachte Feststellung, dass die Haftung des Schuldners für den Schaden des Dritten im Normalfall wenigstens vertragliche und deliktische Elemente in sich vereinigen müsse.

Praktisch wirkt sich dies Erfordernis dahin aus, dass je nach der Lagerung des Falles einmal das vertragliche, das andere Mal das deliktische Element eine Verstärkung erfahren muss, bis beide zusammen die Geltendmachung des Schadens gegen den Schuldner ermöglichen.

Am zweckmässigsten und ausreichend für die Mehrzahl aller in Betracht kommenden Fälle wird es sein, wenn man unter Ausnutzung der Stellung des Vertragsgläubigers als des formell und rein äusserlich zur Geltendmachung berechtigt Erscheinenden diesem das Recht zur Einklagung des fremden Schadens mit der Vertragsklage gestattet, bezw. dem Dritten das Recht zuerkennt, seinen eigenen Schaden auf Grund der Abtretung der Vertragsklage einzuklagen.

Von dem bisher Gesagten wären allerdings nur diejenigen Fälle betroffen, in denen der im Vermögen des Dritten entstandene

Schaden auf einem von dem Schuldner zu vertretenden schuldhaften, dem vorsätzlichen oder fahrlässigen Vertragsbruch des Schuldners beruht. Noch nicht geschützt ist der Dritte somit dann, wenn das von dem Schuldner dem Gläubiger gegenüber zu vertretende Ereignis sich als Zufall darstellt, für den er kraft gesetzlicher oder vertraglicher Verpflichtung dem Gläubiger zu haften hat.

Das Schutzbedürfnis des Dritten ist hier ebenso stark wie bei einem schuldhaften Verhalten des Schuldners und der Mangel besonderer Schutzbestimmungen im Gesetz stellt ebenfalls einen Ausschnitt aus der aufgezeigten Gesetzeslücke dar.

Ihre richtige Ausfüllung ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des für die Fälle des schuldhaften Vertragsbruchs des Schuldners zu entwickelnden Rechtssatzes.

Zusammenfassend können wir nunmehr die den Schutz des aus Vertragsbruch Drittgeschädigten bezweckenden allgemeinen Rechtssätze formulieren, wie folgt:

> Sind fremde Interessen in vertragliche Obhut gegeben, so ist der Gläubiger, sofern nur der Schuldner mit dem möglichen Hineinspielen solcher Interessen rechnen musste, berechtigt, auch den Schaden mit der Vertragsklage geltend zu machen, der durch ein vom Schuldner zu vertretendes Verhalten oder Ereignis in dem Vermögen des Dritten entstanden ist.

Etwa in dieser Form liegt der Gedanke der Schadensliquidation aus fremdem Interesse der neueren Reichsgerichtsrechtsprechung zu Grunde. Auch die Wissenschaft hat überwiegend diesen Weg zur Entschädigung des Dritten — Liquidationsbefugnis des Gläubigers — beschritten.

Darauf, dass damit aber eine völlige Ausfüllung der Gesetzeslücke nicht möglich ist, haben wir bereits in den Ausführungen der Problemabgrenzung unter II e.) eingehend hingewiesen. Hier kann nur eine dem Dritten unmittelbar gegen den schuldhaften Vertragsbrecher zuerkannte Klage vertragsähnlicher oder deliktischer Natur helfen. Die dagegen von der herrschenden Lehre geltend gemachten Bedenken, eine solche sei aus dem Gesetz nicht begründbar oder führe leicht ins Unermessliche, sind jedoch zu ihrer prinzipiellen Ablehnung nicht geeignet.

Nach unserer Auffassung von der Ursache des Problems als einer Lücke im Gesetz stehen an sich keinem der möglichen Wege — Klage des Gläubigers oder Klage des Dritten unmittelbar — unüberwindliche grundsätzliche Bedenken entgegen. Es kommt hinzu, dass, wie oben gezeigt, die Ableitung einer direkten Klagebefugnis des Schuldners mittels analoger Anwendung des dem § 991 II BGB. und

des dem § 435 HGB. zu Grunde liegenden Gedankens mindestens ebenso gut, wenn nicht noch überzeugender, sich aus dem geltenden Recht begründen liesse, wie es die Mehrzahl der Schriftsteller für ihre Auffassung von der ausschliesslichen Haltbarkeit eines Rechts des Gläubigers zur Liquidierung des fremden Schadens auf Grund des § 281 BGB. für sich in Anspruch nehmen.

Ausschlaggebend ist lediglich, dass es sich um solche genau feststellbare typische Fallgruppen handelt, die eine tragbare Lösung nur durch die Zuerkennung einer direkten Klage des Dritten finden können. Richtig ist, dass es bei ihnen auf eine noch deutlichere Hervorkehrung ihres Ausnahmecharakters ankommt, als bei der Liquidation durch den Gläubiger, denn andernfalls besteht die grosse Gefahr, dass die Zuerkennung einer unmittelbaren Klage des Dritten im Ergebnis nicht zu einer Ergänzung des lückenhaften Gesetzes, sondern zu einer Umgehung des vom Gesetzgeber bewusst zum Ausdruck gebrachten Willens führt, dass nach unserem Schuldrecht eine bloss fahrlässige Vermögensbeschädigung zum Schadensersatz nicht berechtigen darf.

Während also im Normalfall der Liquidation fremden Schadens die Verstärkung des vertraglichen Haftungselements durch Anerkennung der Liquidationsbefugnis des Gläubigers genügt, bedarf es für die Fälle der Zuerkennung einer direkten Klage an den Dritten einer Verstärkung des deliktischen Elements.

Unter Berücksichtigung dieser verschiedenen Gesichtspunkte scheint es uns notwendig, dem Dritten wenigstens in den verhältnismässig seltenen Fällen eine unmittelbare Klage gegen den Schuldner zuzubilligen, in denen dieser dem Gläubiger gegenüber vorsätzlich bezw. arglistig gehandelt hat und der Dritte aus tatsächlichen Gründen als der materiell allein Geschädigte erscheint.

Man könnte diesen Gedanken etwa in folgender Formel zusammenfassen:

> „Sind fremde Interessen in vertragliche Obhut gegeben, und verletzt der Schuldner v o r s ä t z l i c h seine Vertragspflichten, so ist der Dritte, in dessen Vermögen sich der dadurch verursachte Schaden auswirkt, berechtigt, ihn mittels einer direkten gegen den Schuldner gerichteten Klage geltend zu machen, wenn er als der allein endgültig Geschädigte erscheint.

Wie sich die Anwendung der formulierten Sätze in der Praxis am zweckmässigsten gestaltet, ist bereits oben näher erörtert. (Vgl. III c und d.)

V. Schlußbetrachtungen.

Aufgabe dieser Arbeit war es, einmal allgemein gültige Sätze zu suchen, die eine befriedigende Lösung der Frage des aus Vertragsbruch Drittgeschädigten gewährleisten und die sich andererseits ohne inneren Widerspruch in das System unseres Schuldrechts einordnen liessen. Das Letztere war insbesondere erforderlich für die von der Praxis bereits als geltendes Recht behandelten Sätze über ein Recht des Vertragsgläubigers, unter besonderen Umständen den fremden Schaden einzuklagen.

Wenn wir auch hoffen, in dieser Hinsicht der gestellten Aufgabe gerecht geworden zu sein, so kann ein Anspruch darauf, eine endgültige Lösung gefunden zu haben, nicht erhoben werden. Es wird vielmehr der Streit um die Entschädigungspflicht für fremden Schaden weitergehen, solange sich überhaupt die Rechtsprechung mit der Fortenwicklung dieses neuen Gedankens befassen muss.

Ob sich die Praxis auch mit der von uns angeschnittenen Frage einer unter Umständen dem Dritten direkt zustehenden Klage wird beschäftigen müssen, wird die Zukunft erst zeigen.

Lebenslauf.

Am 15. Dezember 1907 wurde ich als Sohn des Eisenbahn-Betriebsingenieurs Berthold Mehne zu Langen (Hessen) geboren. Ich besuchte die Vorschule der Realschule Langen. Durch Versetzung meines Vaters nach Neuwied und spätere Ausweisung aus dem Rheinland durch die Franzosen gezwungen, mußte ich die Anstalten verschiedentlich wechseln. Von Sexta, Ostern 1917 bis Untersekunda, Sommer 1923, besuchte ich das Humanistische Gymnasium Neuwied, nach Ausweisung vorübergehend das Gymnasium in Dillenburg, von Oktober 1923 bis Juli 1925 das Friedenauer Gymnasium (Berlin) und das letzte Halbjahr der Oberprima; nach Rückkehr ins Rheinland wieder das Neuwieder Gymnasium, wo ich Ostern 1926 die Reifeprüfung ablegte.

An den Universitäten München und Frankfurt a. M. widmete ich mich alsdann dem Studium der Rechte. Am 7. April 1930 bestand ich am Oberlandesgericht Frankfurt a. M. die erste Staatsprüfung. Nach Beendigung der dreijährigen Ausbildungszeit als Referendar am Amtsgericht Langen und den Frankfurter Gerichten befinde ich mich gegenwärtig in Vorbereitung für die große juristische Staatsprüfung.

Am Schlusse meiner Ausführungen möchte ich nicht versäumen, Herrn Professor Dr. Klausing für die liebenswürdige Unterstützung während der Ausarbeitung meinen verbindlichsten Dank auszusprechen.

Berthold Mehne.